

Índice revista

ISSN 2237-454X

Fori

Ano II - Vol. II - N. 02
setembro de 2012

ISBN 978-85-914353-0-2



9 788591 435302

EDITORIAL

A Revista ÍndexJur renova sua vocação pluralista neste número, recebendo colaborações de profissionais de áreas não jurídicas.

É na colaboração de profissionais de outras áreas que o Direito se enriquecerá. Estamos muito habituados a entender e viver o Direito como um fim em si mesmo. Isso causa muitos desvios no objetivo desse campo da vida humana.

A começar do fato de que, muitos de nós, por defeito de formação – tecnicismo exacerbado, que pode ser verificado no fabuloso arsenal de publicações com intuito exclusivo de preparação, talvez, de não-vocacionados, diga-se de passagem, para provas e concursos públicos... – ou por pressões do cotidiano, singelamente, nos esquecemos de que um processo judicial representa e influi na vida de gente de verdade; gente que aguarda o desfecho, via de regra demorado, do feito para continuar suas vidas.

Todo campo do saber exige alta dose de especialização, em nossos dias, buscando a excelência, *o melhor possível*. Esse é o lado bom.

O lado ruim é representado pela enorme segmentação entre as áreas, o alheamento não só entre as diversas disciplinas jurídicas, mas em relação a outros conhecimentos e, principalmente, o distanciamento do humano.

Dessa forma é que uma postura pluralista pode contribuir para que os *produtos* jurídicos melhor atendam à sua finalidade precípua: a harmonização.

O pluralismo é um valor moderno, a ser, ainda, muito trabalhado.

Muitas vezes, não somos capazes, sequer, de enxergar o diferente.

Pluralismo, aqui, é entendido como a coexistência harmônica da diversidade de costumes, pensamentos, raças, opções, saberes, em que a exclusão do diferente não seja a única alternativa para a harmonização.

Longe de se assimilar o senso comum, esse pluralismo implica no diálogo entre os especialistas das mais diversas áreas do conhecimento humano, abandonando-se a tradicional algaravia separatista, para, gradualmente, obter os pontos de convergência humana, que devem ser a partitura pela qual a grande orquestra civilizatória deve executar a música de sua existência.

Teria o Direito humildade para ser o maestro dessa sinfonia?

Dra. Wilges Bruscato

Setembro de 2012.

DOCTRINA

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA NO PROJECT FINANCE NO BRASIL

Luciano Benetti Timm
Anderson Jardim d'Avila

BREVES ANOTAÇÕES SOBRE A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Leandro Modesto Rodrigues Junior

CARACTERIZAÇÃO DA POPULAÇÃO ATENDIDA EM SERVIÇO DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA, AO ABUSO E A EXPLORAÇÃO SEXUAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES.

Gabriel Bartolomeu
Jozielma dos Santos Ribeiro
Sandra Alvarenga Reis
Roberta Alvarenga Reis

ENSAIO SOBRE ALGUNS ASPECTOS RELEVANTES DA LEI GERAL DA COPA E O DIREITO DA CONCORRÊNCIA.

Bruno Fraga Pistinzi

LEI COMPLEMENTAR Nº 123 E RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO SÓCIO NA DISSOLUÇÃO IRREGULAR DAS SOCIEDADES LIMITADAS

Tatiana Aparecida Alves Arantes

O PROBLEMA DA TRADUÇÃO DO TERMO FAIRNESS NA OBRA DE JOHN RAWLS

Gilberto de Andrade Pinto
Virgílio Diniz Carvalho Gonçalves
André Luis Gonçalves

PARTICIPAÇÃO DISCENTE

A IMPORTÂNCIA DA LEITURA NO PROCESSO DE ENSINAGEM

Cristiano Sales Medeiros
Eric dos Santos Pinho

DA RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO – DANOS INDENIZÁVEIS

Marcos Gustavo de Oliveira

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA NO PROJECT FINANCE NO BRASIL

Luciano Benetti Timm*
Anderson Jardim d'Avila**

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. FUNDAMENTOS DO *PROJECT FINANCE*. 1.1. Definição e Perspectiva Histórica do *Project Finance*. 1.2. Comparação Entre *Project Finance* e Financiamento Corporativo. 1.3. Classificação do *Project Finance* de acordo com as Garantias. 1.4. Estrutura Básica de um *Project Finance*. 1.5. Fontes de Recursos para o Financiamento. 2. GARANTIAS E O DIREITO BRASILEIRO. 2.1. Garantias no Brasil. 2.2. Garantias Reais. 2.3. Garantias Pessoais ou Fidejussórias. 2.4. Garantias Modernas. 2.4.1. A Propriedade Fiduciária. 2.4.2. Alienação Fiduciária em Garantia de Bens Móveis e Imóveis. 3. AS GARANTIAS NO *PROJECT FINANCE*: VALIDADE E EFICÁCIA. CONCLUSÃO.

RESUMO: Cada vez mais o *Project Finance* vem sendo utilizado como alternativa eficaz aos métodos convencionais de financiamento de projetos de infraestrutura. Como em toda relação contratual complexa e de conteúdo econômico, uma das questões mais relevantes na estruturação de uma operação de *Project Finance* é o conjunto de garantias a serem oferecidas aos credores para proteger o financiamento concedido ao investidor, conhecido também como o patrocinador do projeto, ou *sponsor*, ainda que se trate de uma forma não trivial de garantia – como o caso das receitas provenientes do próprio empreendimento. Outras vezes, faz-se necessário recorrer a garantias reais – sendo a alienação fiduciária a de maior habitualidade. Mediante revisão de literatura nacional e internacional e de o estudo de um caso, o artigo faz um apanhado do conceito de *Project Finance* no direito e na prática brasileira e sua forma de estruturação jurídica, demonstrando como o direito vai se amoldando às necessidades econômicas.

PALAVRAS-CHAVE: *Project Finance*. Financiamento de projetos. Garantias. Alienação Fiduciária.

ABSTRACT: Increasingly *Project Finance* has been used as an effective alternative to conventional methods of financing infrastructure projects. As in any complex contractual relationship and of economic content, one of the most important issues in structuring a *project finance* transaction is the set of guarantees to be offered to creditors to secure funding from investors, also known as the *project sponsor*, or *sponsor*, even if it is a non-trivial guarantee - as the case of the revenue from the venture itself. Other times, it is necessary to have recourse to collateral - being the chattel the most habitual. Upon review of national and international literature and a case study, this article provides an overview of the concept of *Project Finance* in Brazilian law and practice and its form of legal structure, demonstrating how the law shapes to economic needs.

KEYWORDS: Financing of projects. Warranties. Fiduciary sale.

INTRODUÇÃO

O tema deste trabalho torna-se, a cada dia, mais relevante para o mercado de investimentos no Brasil, considerando a crescente tendência dos grandes investimentos na América Latina, principalmente no setor de infraestrutura, valer-se de complexas estruturas contratuais e de garantia para a obtenção de recursos financeiros necessários para a implementação e operação de determinados empreendimentos. Foi-se o tempo do direito romano e da tipicidade contratual. As figuras contratuais são moldadas a partir do interesse e da necessidade econômicas das partes.

Nesse diapasão, conforme já observou Borges¹, o *Project Finance* só foi implementado após o processo de privatização, quando os setores de infraestrutura, que passavam a ser explorados pela iniciativa privada, necessitaram de novas fontes de financiamento, uma vez que o modelo tradicional de garantias do Código Civil havia se esgotado ou, pelo menos, insuficiente.

Entretanto, embora o *Project Finance* seja uma considerável ferramenta para captação de grandes financiamentos, a realidade brasileira vem demonstrando a dificuldade que as instituições financiadoras têm em assumir uma posição de risco junto com os patrocinadores do projeto nesse tipo de operação, exigindo, assim, o oferecimento de garantias por parte dos tomadores do financiamento.

Dessa forma, visando o incentivo e atração de investimentos para o nosso país, é importante, então, verificar de que forma se pode conciliar os interesses dos investidores, com os das instituições de crédito, e identificar as principais garantias exigidas, no sentido de fomentar uma maior viabilização da concessão de tais financiamentos. O foco de análise aqui será a alienação fiduciária, dada sua utilidade prática e sua complexidade jurídica.

*Pós- Doutor em Direito e Economia pela UC Berkeley, EUA, Doutor em Direito dos Negócios pela UFGRS/USP, Mestre em Direito Civil pela UFGRS, LL.M em International Economic Law pela Warwick University.

** Acadêmico do curso de Ciências Jurídicas e Sociais da PUCRS, Diplomado em Fusões e Aquisições Internacionais pela Universidade de Nova York.

¹ BORGES, Luiz Ferreira Xavier; FARIA, Viviana Cardoso de Sá. *Project Finance: Considerações sobre a Aplicação em Infraestrutura no Brasil*. In: **Revista do BNDES**. Rio de Janeiro, Volume 9, Número 18, 2002, p. 247.

No primeiro capítulo, então, será abordada a definição desse tipo de financiamento, o *Project Finance*, bem como a sua perspectiva histórica, obrigações e limitações aos agentes envolvidos no projeto. Serão também elencadas as inúmeras facilidades que este tipo de financiamento estruturado pode proporcionar. Ainda, demonstrar-se-á os elementos, estrutura básica e fontes de financiamento pelas quais o *Project Finance* é desenvolvido e far-se-á uma contraposição ao financiamento convencional, que também é amplamente conhecido como alternativa de financiamento, tanto pelos investidores nacionais, quanto pelos estrangeiros.

No segundo capítulo abordar-se-á a Alienação Fiduciária, que é uma espécie de negócio em que se utiliza a transmissão de uma propriedade em garantia. Trata-se de um importante instituto que os financiadores podem se valer para mitigar riscos de inadimplemento em decorrência de financiamentos de projetos, principalmente aqueles que se valem dessas complexas engenharias financeiras.

Desse modo, com o presente trabalho, se pretende demonstrar a utilização da Alienação Fiduciária em garantia nas operações com *Project Finance*, dado que essa garantia se adapta, perfeitamente, a esse tipo de operação e, além do mais, é um novo instituto que tem se desenvolvido nos últimos anos, se apresentando como uma figura nova no Direito positivo, pois, até pouco tempo atrás, tinha sua aplicação limitada, enquanto que agora passa a exercer função de extrema importância como garantia em inúmeros negócios no mercado financeiro.

1. FUNDAMENTOS DO PROJECT FINANCE

1.1 DEFINIÇÃO E PERSPECTIVA HISTÓRICA DO PROJECT FINANCE

Em todo o mundo, os maiores empreendimentos têm se valido deste tipo de financiamento², conhecido como *Project Finance*, *project-oriented* ou *project*

² O setor de infraestrutura no Brasil, por exemplo, apenas junto ao Banco Nacional de Desenvolvimento Social e Econômico-BNDES, nos últimos dez anos, foram aprovados 138 projetos estruturados nos moldes do *Project Finance*, totalizando R\$ 50,1

*financing*³, como forma de financiamento, devido à possibilidade de segmentar e compartilhar os diversos riscos decorrentes da implementação e operação do projeto. Azeredo⁴ explica que o *Project Finance* consiste em uma modalidade específica de financiamento de projetos, pois a utilização da expressão financiamento de projetos também pode abranger outras alternativas disponíveis, tais como a utilização de recursos próprios dos sócios para tocar um projeto sob a forma de subscrição de títulos subordinados, empréstimos corporativos, emissão de títulos com garantias corporativas ou instrumentos mais elaborados como a securitização de recebíveis.

De acordo com Finnerty⁵, professor de Finanças da Universidade Fordham, dos Estados Unidos, define *Project Finance* como “a captação de recursos para financiar um projeto de investimento de capital economicamente separável, no qual os provedores de recursos vêem o fluxo de caixa (*cash flow*) vindo do projeto como fonte primária de recursos para atender ao serviço de seus empréstimos e fornecer o retorno sobre seu capital investido no projeto”.

No mesmo sentido, Scott Hoffman⁶, um dos pioneiros a escrever sobre técnicas de financiamento, ensina que o *Project Finance* é “geralmente utilizado para referir-se a uma estrutura de financiamento sem direito de garantia ou com garantia limitada contra o acionista ou patrocinador do projeto, em que a dívida contraída, o capital próprio da empresa, o crédito dos patrocinadores e eventuais reforços por eles

bilhões em financiamentos, para R\$ 93,1 bilhões em investimentos. Os setores com maior aprovação de projetos foram o de Energia Elétrica, Transmissão e Logística, com 93, 34 e 31 projetos, respectivamente. Já os que receberam os maiores financiamentos foram os de Energia Elétrica, Geração Hidrelétrica e Geração Termelétrica, com 39,5, 18,5 e 12,0 milhões, contra 52,9, 30,3 e 9,2 milhões em investimentos, respectivamente. Para uma análise completa, ver [FILHO, Nelson Fontes Siffert, e outros. O papel do BNDES na expansão do setor elétrico nacional e o mecanismo de Project Finance. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, p. 3-37, mar. 2009. Disponível em: < <http://www.bndes.gov.br/conhecimento/bnset/set2901.pdf>>. Acesso em: 07 mai. 2009.]

³ O termo em língua inglesa não significa simplesmente financiamento de projeto. Devido a grande aceitação e utilização do termo em inglês no Brasil, utilizaremos a expressão *Project Finance* no decorrer do presente trabalho.

⁴ AZEREDO, A. R. **Financiamento de longo prazo no Brasil: Project Finance como alternativa para a infraestrutura**. Rio de Janeiro: UFRJ/Coppead, 1999, p. 35.

⁵ FINNERTY, John D. **Project Finance: Engenharia financeira baseada em ativos**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1999, p. 02.

⁶ HOFFMAN, Scott L. **The law and Business of International Project Finance: A resource for Governments, Sponsors, Lenders, Lawyers and Project Participants**. 2ª. Ed. Estados Unidos da América: Transnational Publishers, Inc e Kluwer Law International, 2001, p. 04-05. Tradução nossa.

disponibilizados são combinados para a construção e operação do projeto, ou o refinanciamento, de uma determinada instalação em uma indústria de capital intensivo, na qual os provedores de recursos vêem a receita proveniente da operação projeto, ao invés dos bens em geral do patrocinador do empreendimento, e consideram os ativos do empreendimento, incluindo qualquer contrato que produza *revenue* ou outro *cash flow* gerado pelo empreendimento, como garantia da dívida”.

Dessa forma, muito embora a principal característica do *Project Finance* seja a obtenção de um financiamento garantido pela futura rentabilidade do projeto, vale dizer, pela produção que o empreendimento venha gerar (*production loan*), afirma Camargo⁷, que o principal enfoque do *Project Finance* é baseado no valor do ativo do projeto (*asset*), que recai principalmente sobre a concessão do serviço ao patrocinador, área e instalações da concessão do serviço⁸.

Assim, a partir da definição apresentada pelos autores citados, fundamentalmente podemos afirmar que o *Project Finance* é uma forma de financiamento de projetos, na qual a garantia futura de rentabilidade do projeto, muito embora exista a garantia do projeto em si, vale dizer, do ativo, é a principal garantia dos financiadores para a concessão de financiamento para o empreendimento, característica essa que o difere dos demais tipos de financiamentos. Tal idéia, reconhece-se, fere inicialmente a noção tradicional da dogmática jurídica brasileira, como vamos ver adiante, que repousa sobre a idéia de tipicidade cerrada das garantias pessoais e reais, ao contrário do sistema anglo-americano de *common law*.

Para esclarecer a definição e evitar que o termo seja mal-empregado, como bem complementa Finnerty, é necessário compreender o que o termo não significa. Segundo o autor, o *Project Finance* não é uma alternativa para financiar aqueles projetos que não podem ser financiados por meio das bases convencionais. Diz ele que o *Project Finance* não “é um meio de levantar recursos para financiar um projeto que

⁷ CAMARGO, João Laudo de; RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Project Finance* e outras Formas de Financiamento. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADENTE, Araminta de Azevedo. (coord.). **Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio? A OMC e o Brasil**. São Paulo: LTR, 1998. p. 531 e 539.

⁸ Como se demonstrará no decorrer do trabalho (*in* outras formas de financiamento), a definição de *Project Finance* apresentada pelo autor transpassa a verdadeira finalidade desse tipo de financiamento.

seja tão fraco, economicamente, que poderá não conseguir servir sua dívida ou fornecer uma taxa de retorno aceitável aos investidores de capital”⁹.

Bonomi¹⁰ complementa que o *Project Finance* se configura como a maneira mais adequada de financiamento de projetos quando o empreendimento tiver a capacidade de “criar valor” (o que o difere do financiamento convencional, como será analisado a seguir) para todos os participantes do investimento. Diz ainda que esse tipo de financiamento é adequado quando o empreendimento tiver risco complexo e diverso, conhecido e disposto a ser assumido por todos os participantes do projeto.

Também quanto à adequação do *Project Finance* como alternativa de financiamento, Finnerty¹¹ explica ainda que os candidatos ideais a um *Project Finance* são os projetos de investimentos em bens de capitais que (1) sejam capazes de funcionar como unidades econômicas independentes; (2) possam ser concluídos com alguma certeza; e (3) quando concluídos, sejam comprovadamente mais lucrativos do que seu custo de realização. Aliás, como ensina a literatura de *law and economics* ao tratar dos contratos como um caso de eficiência paretiana, isto é, que as partes tendem a não fazer voluntariamente acordos para ficar em posição pior a que se encontravam antes do negócio ser executado.

Assim percebe-se que o que torna o *Project Finance* uma alternativa diferente para financiar projetos é a possibilidade de se valer de diversos instrumentos financeiros, arranjos contratuais para a segmentação e compartilhamento de riscos, e principalmente no que se refere às garantias, estas já conhecidas e largamente utilizadas como forma de assegurar o cumprimento de uma prestação futura, mas que no *Project Finance* são utilizadas de forma diferente, uma vez que, visando a obtenção de um financiamento, a principal garantia oferecida é o fluxo de caixa do projeto a ser financiado. É principalmente esta diferença que faz do *Project Finance* uma forma de financiamento inédita, na qual o financiador assume juntamente com o patrocinador¹²,

⁹ FINNERTY, 1999, p. 03.

¹⁰ BONOMI, Cláudio; MALVESSI, Oscar. *Project Finance no Brasil: Fundamentos e estudos de caso*. 2ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 22.

¹¹ FINNERTY, 1999, p. 08.

¹² Neste trabalho adotou-se a denominação “patrocinador” para aquele que contrai o financiamento do projeto, se tornando assim o responsável financeiramente pela dívida. Nota-se que terminologicamente, como analisar-se-á posteriormente, não necessariamente o patrocinador é quem contrai a dívida junto à instituição financeira.

vale dizer, o tomador do empréstimo, os riscos do projeto a ser financiado, tendo como principal garantia a futura expectativa de retorno do financiamento.

1.2. COMPARAÇÃO ENTRE *PROJECT FINANCE* E FINANCIAMENTO CORPORATIVO

Entendida a definição do *Project Finance*, é importante traçar uma distinção entre as demais formas de financiamento. Segundo identifica Hoffmann¹³, duas são as principais formas de financiamento corporativo que o *Project Finance* pode ser confundido, quais sejam: o financiamento *balance sheet* e o *asset-based finance*.

O financiamento *balance sheet* é a forma de financiamento na qual o tomador do empréstimo precisa demonstrar garantias de ativos suficientes para alavancar o financiamento junto à instituição financeira. Explica o autor que este tipo de financiamento está em contraste com o *Project Finance*, pois a decisão a ser tomada pelos provedores do recurso para concessão ou não do empréstimo terá como base a análise do balanço patrimonial da empresa, e não o que a empresa pode vir a gerar com a utilização do financiamento.

Já na segunda forma de financiamento corporativo, o *asset-based finance*, o financiamento é fundado no valor dos ativos a serem financiados, enquanto que no *Project Finance* o provedor do recurso avalia primeiramente a habilidade de um projeto gerar receita para satisfazer o empréstimo.

Nesse mesmo sentido, Finnerty¹⁴ aduz que, ao contrário do *Project Finance*, o financiamento direto convencional ou financiamento com base no crédito geral da empresa¹⁵ ou mesmo em garantias pessoais ou reais tradicionais (como fiança, penhor e hipoteca de bens pré-existentes e corpóreos) é caracterizado pelo financiamento pelo qual os credores se valem da carteira de ativos da mesma para a geração de fluxo de caixa para o serviço de seus empréstimos e dos modelos tradicionais de garantias bancárias. Ou seja, observa-se que no modelo tradicional o financiamento é concedido depois de verificadas as qualidades do patrocinador e da entidade jurídica

¹³ HOFFMAN, 2001, p. 10-11. Tradução nossa.

¹⁴ FINNERTY, 1999, p. 25-32.

¹⁵ Também conhecido por Financiamento Corporate.

pertencente. Já no *Project Finance*, o financiamento é concedido geralmente a uma nova entidade jurídica criada especificadamente para o projeto, vale dizer, as Sociedades com Propósitos Específicos¹⁶, em que a futura rentabilidade do projeto, ou seja, do fluxo de caixa a ser gerado, bem como do valor do ativo do projeto, constituem-se nas principais garantias concedidas pelos patrocinadores aos financiadores.

Por isso, como se pode observar, a principal diferença entre as duas formas de financiamento reside sobre as garantias de retorno do capital financiado que são oferecidas pelo patrocinador ao financiador do projeto. Enquanto que no financiamento convencional o financiador toma a decisão para a concessão do empréstimo com base nas garantias oferecidas pela empresa, bem como pela análise do seu balanço patrimonial, examinando principalmente a capacidade que a empresa tem para satisfazer os seus débitos, de forma a prevenir eventual inadimplemento no retorno do capital financiado, no modelo *Project Finance*, o investidor analisa individualmente a capacidade que o empreendimento tem de gerar *cash flow* (ou fluxo de caixa) após o início das suas atividades. Há quem conclua que o *Project Finance* presume maior risco para o financiador que, em contrapartida, exige remuneração maior¹⁷.

Portanto, não se trata o *Project Finance* de um negócio sem garantias. Como visto, a principal diferença reside nas modalidades de garantias oferecidas aos financiadores, cabe agora classificarmos o *Project Finance* de acordo com estas garantias concedidas, pois ao contrário do que parece, o *Project Finance*, mesmo como uma alternativa de financiamento diversa dos modelos convencionais, exige garantias dos tomadores do empréstimo, ou seja, se faz necessário o oferecimento de garantias pelos patrocinadores na grande maioria dos financiamentos.

¹⁶ Nota-se que o empréstimo não necessariamente tem de ser concedido a uma SPE. Na prática percebe-se a criação de uma “subsidiária”, uma vez que geralmente um consórcio de empresas é constituído para a criação do projeto ou, em alguns casos, de forma defensiva, para mitigar eventuais riscos patrimoniais das empresas envolvidas.

¹⁷ D’ALMEIDA, A. L. **Estruturação do *Project Finance* para o Campo de Petróleo de Marlim**. XL Asamblea Anual de Consejo Latinoamericano de Escuelas de Administración – Santiago, Chile, outubro 2005.

1.3. CLASSIFICAÇÃO DO *PROJECT FINANCE* DE ACORDO COM AS GARANTIAS

Esse tipo de classificação, de suma importância para entender, no próximo capítulo, a abordagem de um modelo específico de garantia, recai basicamente sobre as garantias que são oferecidas pelos patrocinadores do projeto, os *sponsors*, aos financiadores do empreendimento¹⁸.

É importante entender que não necessariamente o *Project Finance* pode ser estruturado pela forma *nonrecourse* ou sem garantia específica do patrocinador.

Hoffman¹⁹ identifica duas espécies de *Project Finance*, quais sejam: o *nonrecourse*, conhecida no Brasil como o financiamento sem direito de garantia específica de um bem ou pessoal frente ao acionista ou patrocinador, e a *limited-recourse*, sendo este o financiamento com limitado direito de garantia específica frente ao acionista ou patrocinador. Além de reconhecer essas duas espécies, Bonomi²⁰ ainda acrescenta uma terceira, a chamada *full-recourse*, com garantias específicas totais junto ao acionista ou patrocinador.

O *Project Finance nonrecourse* é o tradicional modelo deste tipo de financiamento, em que os recursos gerados futuramente pelo empreendimento servem como principal garantia para a satisfação do empréstimo concedido pela instituição financeira. Em outras palavras, a única garantia concedida pelo patrocinador do projeto é o fluxo de caixa do próprio projeto. Como explica Hoffmann²¹, “o patrocinador do projeto não tem nenhuma obrigação legal para reparar a dívida gerada, nem prover pagamento de juros em caso de o *cash flow* do projeto for insuficiente para satisfazer o empréstimo”. Ou seja, neste clássico modelo

¹⁸ Neste trabalho são analisadas apenas as garantias oferecidas pelo patrocinador do projeto à instituição de crédito, geralmente uma instituição financeira. Nota-se que são inúmeras as formas pelas quais as garantias podem ser concedidas em uma operação estruturada na forma de um *Project Finance*. O patrocinador garante o desenvolvimento do projeto; o financiador garante o pagamento das empreiteiras referente aos contratos de construção; as construtoras garantem a construção do projeto; o fornecedor de equipamento garante a *performance* operacional. Tudo isso em arranjos de riscos e garantias, que são assumidas conforme o interesse de cada uma das partes envolvidas no empreendimento.

¹⁹ HOFFMAN, 2001, p. 06-08. Tradução nossa.

²⁰ BONOMI; MALVESSI, 2004, p. 64-65.

²¹ HOFFMAN, 2001, p. 06-07. Tradução nossa.

de *Project Finance* nenhuma eventual responsabilidade em razão da dívida ou do próprio projeto pode recair sobre o patrocinador.

Na espécie *limited-recourse*, que é a forma mais utilizada neste tipo de financiamento, há obrigações e responsabilidades limitadas ao patrocinador do projeto, que servem como condições ao financiamento. Ou seja, de forma a mitigar os riscos enfrentados, os provedores de recurso podem se valer de certas garantias de forma a evitar terem que suportar sozinhos os riscos decorrentes de todas as fases do projeto. Hoffman²² cita o seguinte exemplo: “se os financiadores perceberem que um risco substancial existe durante a fase de construção do projeto, eles podem requerer ao patrocinador do projeto que esse concorde em suportar financeiramente os riscos que venham a ser materializados nesta fase”. Assim, o financiador condicionaria o prosseguimento do financiamento ao patrocinador mediante a garantia de viabilização e continuação do empreendimento, disponibilizando o restante dos recursos após a superação do risco ou conclusão de determinada etapa do projeto, tornando-se, posteriormente, um projeto *nonrecourse*.

Já no caso do *full-recourse*, os credores contam, além dos recursos gerados pelo empreendimento, com garantias convencionais concedidas pelos acionistas e patrocinadores que cobrem a totalidade das obrigações do tomador dos recursos. Dado a isso, essa modalidade não é identificada pela grande maioria dos autores²³ na classificação de acordo com as garantias, já que se afasta da ideia do *Project Finance*, que como visto anteriormente, é um financiamento no qual a garantia recai primordialmente sobre o empreendimento.

Ainda quanto a essas modalidades, é importante observar que embora no modelo clássico de *Project Finance* o patrocinador do projeto não garanta com o seu patrimônio o retorno do financiamento à instituição financeira que viabiliza o desenvolvimento do projeto, no Brasil curiosamente (??) não é o modelo frequentemente adotado pelos participantes. É usual, conforme assevera Hélio Cabral Moreira²⁴, num *Project Finance* “o oferecimento temporário e/ou proporcional por

²² HOFFMAN, 2001, p. 08. Tradução nossa.

²³ Para maiores informações ver HOFFMANN, FINNERTY e VIRGÍLIO.

²⁴ MOREIRA, Hélio Cabral. *Project Finance*, uma abordagem pelo engenheiro do BNDES. In: **Curso de Avaliação de Empresas e Projetos da EPGE/FGV**. Rio

parte dos players de garantias tradicionais ou específicas”. Nota-se, assim, que o oferecimento de garantia neste tipo de estruturação não é essencial, mas de forma a mitigar eventuais riscos a serem suportados pelos envolvidos, acaba se tornando normal em algumas operações no Brasil, pelo menos em algumas partes do projeto, em que o financiador condicionaria a liberação do crédito conforme o andamento e superação de determinados riscos.

1.4. ESTRUTURA BÁSICA DE UM *PROJECT FINANCE*

Dentre os elementos básicos que integram uma operação com *Project Finance*, podemos identificar os seguintes agentes como os principais envolvidos. A estrutura desse instrumento apresenta a SPE (Sociedade de Propósito Específico) no centro, cercada pelos seguintes agentes: poder concedente ou país hospedeiro; patrocinadores do projeto (*sponsors*); financiadores (*lenders*); compradores (*off-takers*); operadores (*operators*); construtores (*constructors*).

Antes de identificar os principais agentes envolvidos no *Project Finance*, cabe brevemente situar o país hospedeiro no financiamento do projeto, que é o local receptor do investimento. Conforme explica Hoffmann²⁵, o país hospedeiro é o governo do país no qual o projeto está localizado. Por isso, o país hospedeiro está tipicamente envolvido em assuntos relacionados com permissões, licenças, autorizações e concessões necessárias à realização do projeto. É ele que deve garantir o câmbio e os benefícios fiscais para o país investidor e, ainda, como veremos no decorrer do trabalho, é ele que muitas vezes, por meio de um banco de fomento, figura como o financiador do projeto.

O primeiro agente envolvido na estruturação do *Project Finance* é o patrocinador do projeto, desenvolvedor ou acionista (*project sponsor* ou apenas *sponsor*), que é “a entidade, ou o grupo de entidades, interessadas no desenvolvimento do empreendimento e que se beneficiarão, dentre outras formas, economicamente,

de Janeiro, out. 1999. Disponível em: <
<http://www.bndes.gov.br/conhecimento/especial/projectf.pdf>>. Acesso em: 07 mai 2009.

²⁵ HOFFMAN, 2001, p. 127. Tradução nossa.

desde o desenvolvimento geral, construção até a operação do projeto”²⁶. É essa empresa ou um conjunto delas que vão criar uma Empresa de propósito especial, também conhecida como *Project company*, para representá-las no projeto.

No Brasil, a *Project company* ou a Sociedade de Propósito Específico-SPE²⁷, tem tido como principal ativo uma estação geradora de energia elétrica, estrada com pedágio ou outro item de infraestrutura. Segundo Hoffman, a *Project company* “é a entidade que desenvolverá, construirá, operará e manterá o projeto”²⁸. É também essa entidade que está sujeita a inúmeros fatores para a sua regularização no país em que for criada. O principal fator diz respeito à lei local do país em que o projeto será situado. A lei local deve ser examinada para determinar matérias como se a forma pela qual a empresa está sendo constituída é possível legalmente; se a entidade estrangeira, caso seja, pode fazer negócio no país hospedeiro; a extensão das responsabilidades da empresa, tais como se as das sociedades anônimas ou de responsabilidade limitada; requerimentos para a participação do investidor local na entidade organizada pelo país hospedeiro, entre outras. Outros fatores também influenciam na seleção da forma de organização para uma *Project company*. Estes incluem aspectos tributários adotados pelo país hospedeiro; tratados tributários; e as regras de câmbio exterior do país que receberá o investimento²⁹.

Os financiadores do projeto são aqueles que financiam o empreendimento, provendo os recursos necessários aos tomadores do empréstimo, esses identificados nas Sociedades de propósito específico criadas pelos patrocinadores para o desenvolvimento do projeto³⁰. Na estruturação de um *Project Finance*, uma Sociedade de propósito específico (SPE) é encarregada de obter os recursos necessários para a implantação do projeto e cumpre duas principais funções: (i) a segregação dos riscos

²⁶ HOFFMAN, 2001, p. 104. Tradução nossa.

²⁷ Não é conferida à Sociedade de propósito específico a qualidade de sociedade mercantil. Na verdade, a empresa será constituída dentro de uma das formas societárias existentes no Direito brasileiro. Ver: GUIMARÃES, Leonardo. **A SPE – Sociedade de propósito específico**. Revista de Direito Mercantil, 125, janeiro a março de 2002, p. 134.

²⁸ HOFFMAN, 2001, p. 104. Tradução nossa.

²⁹ HOFFMAN, 2001, p. 104. Tradução nossa.

³⁰ De um modo geral, diz-se que o financiamento é concedido ao patrocinador, entretanto também pode ser provido a uma empresa criada para este propósito. Por isso a terminologia “patrocinador” é a mais utilizada, uma vez que o patrocinador é quem impulsiona o desenvolvimento do projeto e toma o empréstimo, ou por conta própria ou através de uma empresa criada com esta finalidade.

do projeto em uma única entidade, pois com a segregação, o único risco assumido pelos investidores é o relativo ao próprio projeto e ao valor inicialmente disponibilizado para a sua implementação; (ii) o deslocamento do endividamento ocasionado pelo projeto para uma pessoa jurídica determinada, não contaminando, assim, o orçamento e o balanço das partes envolvidas³¹. Nota-se que os patrocinadores também podem figurar individualmente, ou num consórcio deles, como tomadores do financiamento³².

Os compradores são aqueles que adquirem o produto ou serviço produzido pelo projeto no todo ou parcialmente, que pode ser desde o governo comprador da energia (*Power purchase agreement*) produzida por uma Usina Hidrelétrica, ao contribuinte que paga a tarifa do pedágio. Já os construtores são as entidades responsáveis pela construção do projeto. Quanto aos operadores, estes são os responsáveis pela operação, manutenção e reparação do projeto. Em alguns projetos esta função pode ser exercida por um dos patrocinadores.

1.5. FONTES DE RECURSOS PARA O FINANCIAMENTO

A disponibilidade de recursos financeiros para um projeto dependerá, como visto anteriormente, da capacidade de o patrocinador convencer os provedores de recursos de que o projeto é técnica e economicamente viável, e não de que eles detêm recursos suficientes para continuar o desenvolvimento do negócio mediante qualquer circunstância que venha a prejudicar a continuação do mesmo. Dentre os provedores de recursos, são inúmeras as possibilidades que o patrocinador pode se valer para captar o crédito necessário para o desenvolvimento de um projeto³³. No país, dentre os principais financiadores, pode-se identificar os bancos comerciais, o Banco Nacional de Desenvolvimento Social e Econômico-BNDES e as agências regionais e multilaterais internacionais, como o Banco Mundial e Banco Interamericano de Desenvolvimento.

Ao contrário dos Estados Unidos, onde os bancos comerciais se mostram

³¹ MARTINS, Carolina de Oiveira. *Project Finance* na indústria do petróleo brasileira, in RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. (coord.). **Estudos e pareceres – direito do petróleo e gás**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 459-460.

³² Para maiores informações ver HOFFMAN, 2001, p. 105.

³³ FINNERTY, 1999, p. 06.

dispostos a assumir a os riscos decorrentes dos empreendimentos juntamente com os investidores, no Brasil, eles costumam atuar geralmente como repassadores do financiamento (*arranging Banks*) concedido pelos bancos de fomento, como o BNDES. Nesses casos, mediante uma razoável taxa de serviço, eles fazem a intermediação da relação repassando o financiamento conforme o andamento do projeto.

Outro importante financiador é o Banco Nacional de Desenvolvimento Social e Econômico, que é um órgão vinculado ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, e pode ser considerado o principal financiador de *Project Finance* no país. Esse banco tem como objetivo apoiar empreendimentos que contribuam para o desenvolvimento da nação, promovendo, assim, o desenvolvimento sustentável e competitivo da economia brasileira, com geração de emprego e redução das desigualdades sociais e regionais.

O BNDES exerce função primordial na colaboração financeira, estruturada sob a forma de *Project Finance*, nas operações de crédito que possuam, cumulativamente, as seguintes características: que a beneficiária seja uma Sociedade de Ações com o propósito específico de implementar o projeto financiado e constituída para segregar os fluxos de caixa, patrimônio e riscos do projeto; os fluxos de caixa esperados do projeto sejam suficientes para saldar os financiamentos; e as receitas futuras do projeto sejam vinculadas, ou cedidas, em favor dos financiadores³⁴.

Nesse viés, a atuação do BNDES no setor de infraestrutura, que é onde o *Project Finance* é largamente utilizado, objetiva principalmente a expansão e a modernização do setor elétrico; a diversificação da matriz energética nacional; o desenvolvimento do mercado de gás natural; a promoção de energias renováveis; o aumento da oferta de biocombustíveis; o equacionamento dos gargalos logísticos de contornos de cidades e acesso a portos, visando uma melhor eficiência dos sistemas; a ampliação dos sistemas de telecomunicações e contribuir para o desenvolvimento de produtos de tecnologia nacional de ponta³⁵.

³⁴ BANCO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO – BNDES. **Empresa Pública Federal**. Brasília, [200-]. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/empresa/default.asp>>. Acesso em 19 mar. 2009.

³⁵ BANCO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO – BNDES. **Empresa Pública Federal**. Brasília, [200-]. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/empresa/default.asp>>. Acesso em 19 mar. 2009.

Além das formas anteriormente apresentadas para contratação de financiamentos, é importante mencionar a essencial e necessária atuação das instituições multilaterais, como o Banco Mundial, com suas respectivas subdivisões, e regionais, como o Banco Interamericano de Desenvolvimento, que são instituições organizadas para assistir no desenvolvimento de projetos específicos de grande relevância nacional e internacional.

Diferentemente dos bancos comerciais que visam grandes lucros nos financiamentos, o Banco Mundial ou BIRD³⁶ disponibiliza aos países mutuários um período de reembolso maior do que nos bancos convencionais, concedendo em alguns casos uma carência de dez anos antes do início do pagamento. A atuação do Banco Mundial se dá basicamente de uma forma: o Banco toma emprestado o dinheiro que empresta. A instituição consegue dispor de crédito suficiente em razão das grandes e bem administradas reservas financeiras. Isso significa que a instituição pode obter empréstimos com baixas taxas de juros nos mercados de capital do mundo inteiro e direcioná-los para os países em desenvolvimento, com taxas de juros muito abaixo daquelas que o mercado cobraria desses países, ou até mesmo sem juros aos países que não conseguiriam obter financiamento em nenhuma outra instituição³⁷.

Tem-se ainda a Corporação Financeira Internacional-CFI (*International Finance Corporation*- IFC na sua designação inglesa), principalmente nos financiamentos de empreendimentos no setor de infraestrutura estruturados sob a forma de um *Project Finance*³⁸. Tal Corporação, que é uma das instituições do Grupo do Banco Mundial, tem como missão promover e encorajar o investimento sustentável do setor privado

³⁶ O termo BIRD também é utilizado para se referir ao Banco Mundial. “the World Bank, or The International bank for Reconstruction and Development are used interchangeably” in HOFFMANN, 2001, p. 437.

³⁷ WORD BANK GROUP. **Agência**. Washington. [200-]. Disponível em: <<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/HOMEPORTUGUESE/EXTPAISES/EXTLACINPOR/BRAZILINPOREXTN/0..contentMDK:21352466~menuPK:3817183~pagePK:1497618~piPK:217854~theSitePK:3817167,00.html>>. Acesso em 20 mar. 2009.

³⁸ A IFC concentra-se nos principais desafios para desenvolvimento enfrentados pela América Latina. Trabalha para melhorar o ambiente de negócios, ampliar e aprofundar o acesso ao financiamento e incentivar o desenvolvimento da infraestrutura. As atividades da IFC em 2008 demonstram o papel cada vez mais importante da instituição. Os investimentos totalizaram US\$ 16,2 bilhões, um aumento de 34% em relação ao ano de 2007. Isso inclui US\$ 11,4 bilhões em novos compromissos e US\$ 4,8 bilhões em financiamentos que foram mobilizados para clientes. Disponível em: <[http://www.ifc.org/ifcext/annualreport.nsf/AttachmentsByTitle/AR2008_Portuguese/\\$FILE/AR2008_Portuguese.pdf](http://www.ifc.org/ifcext/annualreport.nsf/AttachmentsByTitle/AR2008_Portuguese/$FILE/AR2008_Portuguese.pdf)> Acesso em: 29 mar. 2009.

dos países em desenvolvimento. A IFC financia projetos e empresas por intermédio de empréstimos provenientes de sua própria conta, geralmente por 7 a 12 anos, diferentemente dos financiamentos concedidos pelo Banco Mundial. A IFC poder fazer todos os tipos de investimentos, pode concedê-los diretamente às empresas privadas, e não a um determinado país ^{39, 40}.

O BID é outra importante fonte de financiamento multilateral para o desenvolvimento econômico, social e institucional sustentável na América Latina e no Caribe. Criado oficialmente em 1959, quando a Organização dos Estados Americanos redigiu o acordo de fundação do Banco Interamericano de Desenvolvimento, hoje é constituído pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento, pela Corporação Interamericana de Investimentos (CII) e pelo Fundo Multilateral de Investimentos (FUMIN).

A Corporação Interamericana de Investimentos concentra-se no financiamento de médias e pequenas empresas, enquanto o Fundo Multilateral de Investimentos promove o crescimento do setor privado com investimentos e operações de cooperação técnica não-reembolsáveis, com ênfase na microempresa⁴¹.

Além de procurar assumir um papel de liderança em questões transnacionais, como comércio, infraestrutura e energia, o Banco Interamericano concede empréstimos em dinheiro e faz operações de cooperação técnica não-reembolsáveis⁴².

Com isso percebe-se que tanto a Corporação Financeira Internacional quanto o Banco Interamericano de Desenvolvimento, bem como demais órgãos multilaterais e governamentais existentes ao redor do mundo, que auxiliam as empresas investidoras em seus respectivos países, representam uma atraente fonte de financiamento de

³⁹ Interessante mencionar que as instituições provedoras de crédito têm direcionados os investimentos para projetos que, mesmo mais custosos, são ambientalmente mais corretos. Dentre as prioridades da IFC, por exemplo, incluem desenvolvimento de novos modelos de negócios e financiamento de instrumentos para energia limpa; definição e melhoria de padrões socioambientais para o setor privado; e promoção da inclusão econômica. Disponível em: <[http://www.ifc.org/ifcext/annualreport.nsf/AttachmentsByTitle/AR2008_Portuguese/\\$FILE/AR2008_Portuguese.pdf](http://www.ifc.org/ifcext/annualreport.nsf/AttachmentsByTitle/AR2008_Portuguese/$FILE/AR2008_Portuguese.pdf)> Acesso em: 29 mar, 2009.

⁴⁰ Art. 1º. da Convenção da Corporação Financeira Internacional. Disponível em: <http://www.ifc.org/ifcext/about.nsf/Content/Article_I> Acesso em 20/03/2009. Tradução livre do autor.

⁴¹ BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO – BID. **Agência**. Nova York, [200-]. Disponível em: <<http://www.iadb.org/aboutus/whoWeAre.cfm?lang=pt>>. Acesso em 20 mar. 2009.

⁴² BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO – BID. **Agência**. Nova York, [200-]. Disponível em: <<http://www.iadb.org/aboutus/index.cfm?lang=pt>>. Acesso em 20 mar. 2009.

longo prazo, se mostrando assim como excelente alternativa nos empreendimentos estruturados sob o *Project Finance*.

Vejamos agora como estes conceitos econômicos podem ser absorvidos pelos institutos jurídicos tradicionais e como ela acabou engendrando novas modalidades de garantia. Antes disso, vejamos o sistema legal de garantias no Brasil.

2. GARANTIAS E O DIREITO BRASILEIRO

2.1. GARANTIAS NO BRASIL

A ideia de garantia traz, de forma ínsita, uma relação com o conceito de relação jurídica, tendo como função precípua de proteção, porquanto seja uma segurança ao credor de que o débito será solvido pelo devedor ou por um terceiro garantidor da dívida, seja por meio dos contratos tradicionais de garantias, como a fiança ou aval, ou mediante a realização de outros contratos de garantia⁴³. A garantia, segundo Vera Fradera⁴⁴, é a “obrigação acessória, cujo objeto é reforçar a execução da obrigação principal e tornar, por ela, o credor certo da realização concreta da vinculação do devedor”.

Além da garantia legal do cumprimento das obrigações pecuniárias, que torna todo o patrimônio do devedor adstrito ao adimplemento obrigacional (eis aqui a tradicional distinção no direito romano-germânico de *debitum* e *obligatio* ou de *Schuld* e *Haftung* – citar meu livro de PS), a garantia especial do cumprimento de uma obrigação, em reforço do vínculo inicialmente instituído, pode ser oferecida pelo próprio devedor ou por uma pessoa que não integra a relação principal.

Genericamente falando, na hipótese do não cumprimento exato de determinada obrigação creditícia por parte do devedor, o Estado aparelha o credor de meios e de providências a fim de realizar seu legítimo interesse: permitir-lhe-á buscar, no patrimônio do devedor (por meio do Poder Judiciário) a satisfação do seu crédito e a

⁴³ FRADERA, Vera Maria Jacob. Os contratos autônomos de garantia. In: **Revista da Ajuris**. Porto Alegre, n. 53, nov. 1991, p. 238-251.

⁴⁴ FRADERA, Vera, p. 238-251.

eventual indenização por danos causados pelo inadimplemento (tutela jurídica do crédito).

Nesse sentido, existindo uma relação de crédito, responderá o devedor com todo o seu patrimônio. Assim, afirma Noronha que “o patrimônio do devedor é a garantia comum dos credores, ou a garantia geral das obrigações”⁴⁵. Entretanto, no *Project Finance*, essa garantia não é facilmente encontrável uma vez que o tomador do empréstimo acaba alavancando a maior parte do capital, não possuindo, dessa forma, patrimônio suficiente para cobrir a dívida em caso de inadimplemento. Igualmente é possível a estruturação de um *Project Finance* sem garantias especiais (fiança, penhor e hipoteca de bens corpóreos), etc.

Quanto aos tipos de garantias, Orlando Gomes⁴⁶ explica que quando o devedor vincula um bem ao pagamento da dívida, concedendo ao credor o direito de obtê-lo com o valor daquele, há garantia real, mas se a obrigação originária é reforçada por outra, assumida por terceiro, diz-se que há garantia pessoal. Oferecida esta segunda garantia, haverá duas obrigações: a principal e a fidejussória. Deriva, a última, da lei, de uma declaração de vontade ou de um contrato. Quando este é sua fonte, a obrigação fidejussória representa garantia convencional.

Dessa forma, as garantias previstas na legislação brasileira dividem-se em dois grupos: garantias reais e garantias pessoais. Na primeira espécie, parte ou todo patrimônio do devedor garante o cumprimento da obrigação contraída. Já na garantia pessoal, o garantidor, que é um terceiro na relação principal, responsabiliza-se pessoalmente, com todos os seus bens, pela quitação da dívida contraída pelo devedor. Como veremos a seguir, a hipoteca, o penhor e a alienação fiduciária em garantia são exemplos de garantia real, enquanto que a fiança e o aval são exemplos de garantia pessoal.

Ao passo que as relações contratuais entre as partes envolvidas no *Project Finance* são o cerne desse tipo de financiamento, pois é através dos contratos que os riscos serão alocados, substituindo, dessa forma, as garantias usuais (carta de fiança, hipoteca, aval, carta de crédito etc.) pelas garantias de construção, de performance e

⁴⁵ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 189.

⁴⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2008, p. 536.

assemelhadas, mais adaptadas a essa modalidade de engenharia financeira. Dada essa peculiaridade, emerge a necessidade de um contexto social e jurídico em que os contratos sejam instrumentos confiáveis e respeitados, pois neles se baseiam todas as responsabilidades, garantias e divisão de riscos, etc.

2.2. GARANTIAS REAIS

A criação das garantias reais está estritamente relacionada com a individualização da propriedade, que, em tempos remotos, era desconhecida. Trata-se de uma garantia mais eficaz do que as garantias pessoais, pois se vincula a um determinado bem do devedor⁴⁷. Assim explica Beviláqua⁴⁸:

A individualização da propriedade e a valorização social da pessoa tornaram possível a criação das garantias reais, que os tempos primitivos desconhecem. E tão vantajosas se mostraram que o seu desenvolvimento acelerou e fortaleceu, de modo considerável, o que se explica pela vantagem dada ao credor de ter o seu crédito a coberto das perturbações econômicas do devedor. Num concurso de créditos, o real prefere ao pessoal, ainda que privilegiado.

Para Arnaldo Rizzardo⁴⁹, a finalidade das garantias reais é proteger o credor contra eventual insolvência do devedor, vinculando, para isso, um determinado bem ao pagamento da dívida. Ele explica que o devedor contrai uma obrigação e, para assegurar seu completo adimplemento, oferece uma coisa em garantia, que fica vinculada, por direito real, ao cumprimento da dívida. Na garantia real, tem-se como objetivo assegurar ao titular do crédito o recebimento da dívida, em razão da preferência de que goza, por se encontrar o bem vinculado ao pagamento. O direito do credor funda-se sobre o patrimônio, ou em parte do patrimônio do devedor.

Dessa forma, têm-se duas relações distintas: uma de natureza pessoal, que é a dívida contraída, e outra de natureza real, que é a garantia concedida. Assim aduz

⁴⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 18º. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 322.

⁴⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Coisas**. Volume II. Brasília. Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 12.

⁴⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas: Lei n. 10.406, de 10.01.2002**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2006, p. 1015.

Darcy Bessone⁵⁰ que a relação garantida é considerada de natureza pessoal. Já a vinculação de certo bem a uma determinada relação é, entretanto, de natureza real, por implicar poder direto e imediato do credor sobre a coisa, independentemente do devedor, ou do dono dela. O direito real garante, assim, um direito pessoal, ou seja, de crédito.

Assim, as garantias reais podem surtir efeitos entre as partes, consistindo principalmente em separar determinado bem do patrimônio do devedor, que antes era de uma segurança comum a todos os credores, e afetá-lo ao pagamento prioritário de determinada obrigação, constituindo sobre ele o atributo de seqüela.

Importante concluir lembrando acerca da acessoriedade da garantia real. Caio Mário⁵¹ explica que esta obrigação será sempre acessória, vivendo, desta forma, na dependência da obrigação principal. Explica o autor que, uma vez se tratando de obrigação nula, assim também será a acessória. Uma vez prorrogada ou vencida, o mesmo ocorre com a garantia. Chama-se isso de vencimento normal. Além desse vencimento, tem-se também o vencimento antecipado da garantia, que ocorre quando se verifica alguma hipótese prevista em convenção ou em lei. Com efeito, as partes podem convencionar que na ocorrência de determinado fato por elas previsto torne-se logo exigível a garantia concedida. Essa previsão de um fato futuro, como se analisará no decorrer do trabalho, é bastante utilizada nos contratos de financiamentos estruturados com *Project Finance*, uma vez que os financiadores preveem situações em que poderão desde logo tornar exigível determinada garantia.

Tradicionalmente, são as modalidades de garantias reais as enumeradas no Título X do Código Civil, nos artigos 1419 a 1510. São elas (i) o penhor, (ii) a hipoteca e (iii) a anticrese. A (iv) alienação fiduciária, tal qual a Cessão fiduciária (novas figuras do Negócio Fiduciário)⁵², geram a propriedade fiduciária, que é uma garantia real, a qual se aperfeiçoa aos direitos reais de garantia. Por isso, alguns autores entendem-na

⁵⁰ BESSONE, Darcy. **Direitos Reais**. São Paulo: Editora Saraiva, 1988, p. 367.

⁵¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva, 2003, p. 333.

⁵² CHALHUB, 2006, p. 03.

como uma espécie de garantia real, da mesma forma que são os direitos reais de garantia mencionados anteriormente⁵³.

2.3. GARANTIAS PESSOAIS OU FIDEJUSSÓRIAS

Por outro lado, as garantias pessoais, por não vincularem nenhum tipo de bem material, são respaldadas na confiança, na probidade e no caráter de quem está dando a garantia. Tais obrigações são oferecidas por terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, seja como avalistas, em títulos de crédito, seja como fiadores, em contratos, visando assegurar ao credor o recebimento da quantia assumida pelo devedor, se este não o fizer⁵⁴.

Para Orlando Gomes⁵⁵, tem-se uma garantia pessoal quando o devedor vincula um bem de terceiro ao pagamento da dívida, concedendo ao credor o direito de obtê-lo com o valor da coisa. Nessa hipótese, haverá duas obrigações: a principal e a fidejussória. Segundo explica o autor, a obrigação fidejussória deriva da lei, de uma declaração de vontade ou de um contrato. Quando este é a sua fonte, a obrigação fidejussória representa garantia convencional.

Nesse sentido, Caio Mário⁵⁶ define a garantia pessoal como sendo a obrigação pelo qual uma pessoa estranha à relação obrigatória principal se responsabiliza pela solução da dívida, caso o devedor deixe de cumprir a obrigação principal.

Considerando que, na garantia pessoal, como o próprio nome remete, o garantidor se obriga pessoalmente perante o credor, motivo pelo qual deve este se precaver e verificar a situação econômica e o patrimônio do garantidor, a fim de assegurar-se de que o fiador ou o avalista possa de fato satisfazer a obrigação assumida em caso de inadimplemento do devedor principal.

⁵³ PEREIRA, Hélio do Valle. **A nova alienação fiduciária em garantia- Aspectos Processuais**. 2.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p: 22.

⁵⁴ RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Garantias no Código Civil**. Intelligentia Jurídica. Ano IV, Número 64: outubro de 2006. Disponível em: < <http://www.intelligentiajuridica.com.br/old-jul2004/artigo3.html>>. Acesso em: 20 abr. 2009.

⁵⁵ GOMES, 2008, p. 536.

⁵⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva, 2003, p. 322.

Há duas modalidades de garantias pessoais, que, embora tenham a mesma função, qual seja, a de garantir o pagamento de obrigação alheia, tratam-se de institutos inconfundíveis. São eles: (i) o aval e (ii) a fiança. Cabe lembrar que uma vez invocadas pelo credor para o cumprimento da garantia, todos os bens, sem distinção de bens móveis ou bens imóveis, podem ser invocados para satisfação na totalidade da dívida assumida. Observa-se que embora a doutrina majoritária identifique apenas as duas garantias referidas anteriormente como pessoais, são também espécies de garantias fidejussórias os seguros adimplemento ou *performance bonds*, as cartas e títulos de crédito.

2.4. GARANTIAS MODERNAS

Diante da dificuldade da utilização das garantias reais de forma eficiente, devido à morosidade do Poder Judiciário em garantir uma rápida solução ao credor em caso de inadimplemento do devedor, abandonaram-se, de certa forma, as garantias tradicionais previstas no Novo Código Civil, ante ao surgimento, no mercado, de garantias variáveis, como a fidúcia e o leasing, institutos estes em que o domínio do objeto fica com o credor e não com o devedor, como ocorre com a hipoteca ou com o penhor.

Observa-se que a questão não diz respeito à ineficácia dos institutos tradicionais de garantia, mas apenas de novas figuras que surgem com a intensificação e a crescente complexidade da atividade econômica, que demandam mecanismos de dinamização dos negócios de forma mais rápida e eficiente⁵⁷.

O Negócio Fiduciário em garantia, objeto do próximo capítulo, é uma dessas novas figuras, que embora seja recente, também é identificada por alguns autores como um novo direito real de garantia⁵⁸. Trata-se de um instituto que surgiu com o advento da Lei de Mercado de Capitais, que permite que a propriedade do bem concedido em garantia seja transferido ao credor, proporcionando, dessa forma, maior segurança em caso de inadimplemento do devedor.

⁵⁷ CHALHUB, 2006, p. 02.

⁵⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva, 2003, p. 425; VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direitos reais. 6ª. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 509.

O novo Código Civil vem tratando, ainda que de modo restrito aos bens móveis, a disciplina da propriedade fiduciária. Entretanto o instituto, como se analisará no decorrer do trabalho, também pode ser empregado em garantia de bens imóveis. Desta forma, percebe-se a tendência do nosso ordenamento jurídico no sentido de constituir a propriedade fiduciária como uma importante garantia de crédito do mercado financeiro e de capitais, mobiliário e, também, imobiliário.

2.4.1 A PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA

A fidúcia encerra a ideia de uma convenção pela qual uma das partes, o fiduciário, recebendo de outra (o fiduciante), a propriedade de um bem, assume a obrigação de dar-lhe determinada destinação e, em regra, restituí-lo uma vez alcançado o objetivo enunciado na convenção.

Exercendo função correspondente às garantias reais em geral, porém dotada de mais eficácia, Chalhub⁵⁹ suporta esta ideia afirmando que enquanto nos contratos de garantia em geral, como por exemplo, a hipoteca e a caução, o devedor grava um bem ou direito para garantia conservando a sua propriedade ou titularidade, na fidúcia, por outro lado, o devedor efetivamente transmite a propriedade ou titularidade do bem ou direito ao credor, que, então, permanecerá como sua propriedade fiduciária até satisfação do crédito.

O autor complementa que o negócio de natureza fiduciária é um negócio bilateral, composto por dois acordos celebrados entre as partes, em que, numa situação *sui generis*, o alienante (fiduciante) transmite a propriedade de certos bens ao adquirente (fiduciário), que, mesmo exercendo os direitos de proprietário, assume, através do segundo contrato, o dever de dar aos bens adquiridos a destinação determinada pelo próprio fiduciante.

Quanto a sua natureza jurídica como direito real de garantia, importante apenas mencionar que há quem conteste tal natureza. Moreira Alves⁶⁰ afirma que o fato de a alienação fiduciária, uma das espécies do Negócio Fiduciário, versar sobre

⁵⁹ CHALHUB, 2006, p. 11.

⁶⁰ ALVES, José Carlos Moreira. **Da alienação fiduciária em garantia**. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 47.

transferência da propriedade limitada apenas para a finalidade de garantia difere dos demais direitos reais de garantia, pois esses buscam a constituição de direitos reais limitados.

O Direito positivo brasileiro contempla a disciplina das seguintes figuras de natureza fiduciária, a saber: a) alienação fiduciária de bens móveis e imóveis; b) cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes da alienação de imóveis; c) alienação (cessão) fiduciária de ações; d) propriedade fiduciária de imóveis para fins de constituição de fundos de investimento imobiliário; e) propriedade fiduciária de bens móveis para fins de garantia cedular⁶¹.

De fato, o surgimento de novas garantias no Direito positivo se fazia necessário, pois as garantias até então previstas na legislação brasileira não satisfazem mais as necessidades das novas relações empresariais que são consequência dos tempos modernos, bem como não garantem a segurança jurídica necessária para inúmeras relações jurídicas.

Já em 1977, José Carlos Moreira assim aduziu no seu voto assentado em Recurso Especial, que as garantias existentes nos sistemas jurídicos romano-germânicos, dada a desvantagem relacionada ao curso e morosidade em executá-las, não mais satisfazem a uma sociedade industrializada, nem mesmo nas relações creditícias entre pessoas físicas.

2.4.2. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS MÓVEIS E IMÓVEIS

Introduzida na legislação em meados da década de 60, período de grandes transformações de natureza econômica e financeira, época em que se criaram mecanismos de captação de recursos destinados ao desenvolvimento da indústria e do comércio, a figura da alienação fiduciária em garantia veio a suprir a necessidade de garantias mais eficazes no Direito brasileiro, como forma de estimular a celebração de negócios necessários à economia moderna, em um ambiente no qual os agentes econômicos tivessem maior segurança jurídica em casos de inadimplemento.

⁶¹ CHALHUB, 2006, p. 139.

A alienação fiduciária em garantia, como já explicamos em outra oportunidade⁶², consiste, basicamente, “na constituição – com escopo de garantia – de uma propriedade fiduciária sobre uma coisa (móvel ou imóvel) adquirida pelo devedor (denominado “fiduciante”) e financiada por instituição financeira (denominada “fiduciário”) através da qual esta passa a ser considerada pela lei como proprietária (a “propriedade fiduciária”), temporária e condicionalmente (enquanto perdurar o débito), ficando o devedor fiduciante na posse direta e na fruição do bem, cujo domínio lhe será automaticamente consolidado na hipótese de quitação do débito (caráter “resolúvel”), através da resolução da propriedade que se encontrava atribuída ao credor fiduciário, ou com o inadimplemento contratual, caso em que se consolida a propriedade em nome do credor fiduciário”.

Como espécie de Negócio Fiduciário⁶³, a alienação fiduciária foi introduzida na legislação pátria através da Lei n. 4.728, de 14.07.1965, que disciplina e estabelece medidas para o desenvolvimento do Mercado de Capitais, com função específica de “dar garantia real aos contratos de financiamento direto ao consumidor na aquisição de utilidades e bens móveis duráveis”⁶⁴.

Posteriormente, por essa previsão não ter definido o remédio processual adequado à recuperação da posse, pelo credor fiduciário, na hipótese de inadimplemento do devedor fiduciante e, conseqüentemente, ter resultado em divergências jurisprudenciais e insegurança nas relações jurídicas, ela foi alterada pelo Decreto-lei n. 911 de 1 de outubro de 1969, que modificou o teor do Art. 66, modificando algumas disposições relacionadas com o instituto.

Após, a alienação fiduciária foi regulamentada no Novo Código Civil, com o nome de Propriedade Fiduciária, cuja definição está contida no Art. 1.361: “considera-se

⁶² TIMM, Luciano. DRUCK, Tatiana. **Alienação Fiduciária Imobiliária em uma perspectiva de Direito e Economia**. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers (University of California, Berkeley). Disponível em: <<http://repositories.cdlib.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1073&context=bple>>. Acesso em: 11 mai. 2009.

⁶³ Segundo afirma Chalhub, a alienação fiduciária em garantia é uma espécie do gênero negócio fiduciário, encerrando a transmissão para um fim econômico. Ver Chalhub, 2006, p. 138.

⁶⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas: Lei n. 10.406, de 10.01.2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 464.

fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor”.

Embora essa lei tenha introduzido o instituto no Direito brasileiro com a finalidade de facilitar e introduzir a introdução de garantias nos contratos de crédito ao consumidor relativos a bens móveis, ela posteriormente teve suas hipóteses de incidência ampliadas com o advento da Lei n. 9.514, de 20 de dezembro de 1997, alterada pela Lei n. 10.931 e Lei n. 11.076, que ampliou as hipóteses de incidência da alienação fiduciária para os bens imóveis, com vista a criar “as condições necessárias para a revitalização e expansão do crédito imobiliário”⁶⁵.

Tem-se, no contexto da fidúcia em garantia, a ideia da propriedade resolúvel, “porquanto a transferência visa, como razão de ser, garantir a concessão de um crédito, o qual, uma vez satisfeito, faz retornar a propriedade ao alienante-devedor. Daí a nota fundamental de resolubilidade”⁶⁶. Arnaldo Rizzardo⁶⁷ aduz que “a expressão ‘propriedade resolúvel’ justifica-se porque fica desconstituída logo que desaparecer a obrigação que garantia, retornando para aquele que a transferiu”.

A alienação fiduciária em garantia compõe-se, segundo Chalhub⁶⁸, de dois elementos distintos: um obrigacional e outro real. O autor explica que o elemento obrigacional se expressa numa dívida, que decorre do financiamento para aquisição de um bem; o elemento real se refere à alienação da coisa, pela qual se transfere a propriedade fiduciária ao credor, para garantia da dívida assumida com o financiamento.

De forma a exemplificar a aplicabilidade da alienação fiduciária em garantia no financiamento de projetos estruturados sob a forma do *Project Finance*, passa-se a analisar os sujeitos desta relação contratual.

A alienação fiduciária em garantia envolve, em geral, três sujeitos: o patrocinador do empreendimento – interessado em adquirir um ativo necessário para o desenvolvimento do projeto, mas que não dispõe de recursos para pagar o preço; o vendedor – aquele que fornece a mercadoria (ativo) ao patrocinador; e um

⁶⁵ CHALHUB, p. 198.

⁶⁶ RIZZARDO, 2006, p. 465.

⁶⁷ RIZZARDO, 2006, p. 465.

⁶⁸ CHALHUB, 2006, p. 159.

financiador – que como visto anteriormente, geralmente um banco comercial ou multilateral, que concede um financiamento ao comprador (patrocinador do projeto ou *sponsor*), para que esse efetue a compra da coisa. Observa-se que se tratando de uma operação com *Project Finance*, o financiamento não será necessariamente concedido no valor correspondente ao do saldo do preço do bem. Diferentemente do que ocorre num contrato tradicional de alienação fiduciária em garantia, em que a financeira repassa a quantia diretamente ao vendedor do bem, no *Project Finance* estes recursos são repassados ao patrocinador do projeto, vale dizer, para a empresa criada para o desenvolvimento do empreendimento, a *Company*, que contratualmente garante a propriedade fiduciária de tais bens ao financiador.

Efetivamente duas relações decorrem da alienação fiduciária: uma externa, entre patrocinador e vendedor; e outra interna, entre patrocinador (fiduciante) e financiador (fiduciário). Com isso, a alienação fiduciária surge na segunda relação contratual, a partir de uma relação creditícia para compra e venda de determinado bem móvel. Num primeiro momento, o patrocinador do projeto contrata com o financiador e com o vendedor um empréstimo articulado para a compra e venda de um bem, e, num segundo momento, garante o empréstimo mediante a transmissão da propriedade resolúvel. Desta forma, “principal é o contrato de financiamento, e acessório o de alienação fiduciária”⁶⁹.

3. AS GARANTIAS NO *PROJECT FINANCE*: VALIDADE E EFICÁCIA

3.1 ARRANJOS DE GARANTIAS NO *PROJECT FINANCE*

Os financiadores, como visto no capítulo anterior, geralmente fornecem a maior parte do capital de um projeto, motivo pelo qual eles estão interessados primeiramente em receber um retorno sobre seu investimento financeiro. Entretanto, embora preparados para assumir certos riscos de crédito, a estruturação do negócio requer a elaboração de uma rede de arranjos de garantia para isolá-los de todos os riscos não-creditícios associados ao projeto.

⁶⁹ CHALHUB, 2006, p. 163.

Num *Project Finance*, os credores acabam por exigir dos patrocinadores, ou outras partes com capacidade de crédito envolvidas com o projeto, o fornecimento de garantias, geralmente através de obrigações contratuais, de que⁷⁰ (1) o projeto será concluído independentemente de eventuais custos que excedam aqueles que foram projetados inicialmente; (2) que o projeto, depois de concluído, irá gerar fluxo de caixa suficiente para satisfazer o financiamento; e (3) se por algum motivo, incluindo os de força maior, o projeto não puder continuar, o mesmo continuará a pagar suas obrigações de serviço da dívida (e quitá-las integralmente dentro do prazo previsto)⁷¹.

A transferência direta, aos credores, do direito de receber pagamentos derivados de vários contratos, como o acordo de conclusão, um contrato de compra e venda, ou um acordo de suporte financeiro, é a forma pela qual a dívida é normalmente garantida. Além disso, o contrato multilateral sob o qual a dívida de um projeto é emitida geralmente concede aos credores o privilégio de primeira hipoteca sobre os ativos do projeto⁷². Esse tipo de garantia, se bem estruturada, pode ser estabelecida sob a titulação de cessão fiduciária de créditos, ou ainda de penhor de direitos.

Embora as instituições financeiras tenham o interesse primordial de assegurar o ressarcimento dos valores investidos e a compensação pelos riscos de crédito assumido, registra-se a mudança de ênfase de sua análise para a concessão do financiamento: não é o valor do bem dado em garantia o mais importante e sim a capacidade de o empreendimento financiado gerar o *cash flow*⁷³. Assim é que, tomando um exemplo da indústria, no setor de energia elétrica, no financiamento de um Parque Eólico no Estado do Rio Grande do Sul, o pagamento do empréstimo depende, unicamente, da utilização do ativo para produção da energia e da respectiva garantia de venda da produção, e não do valor do parque eólico propriamente dito⁷⁴.

Entretanto, muito embora seja este o enfoque tradicional do *Project Finance*, mostra-se, na prática brasileira atual, inviável que o financiador não se valha de tais

⁷⁰ FINNERTY, 1999, p. 51.

⁷¹ O arranjo 3 não se aplica no modelo sem recursos. Como bem identifica o autor, “a forma exata desses compromissos varia de acordo com a natureza e com os aspectos econômicos previstos do projeto e com os ambientes político e de mercado de capitais prevaletentes”.

⁷² FINNERTY, 1999, p. 53.

⁷³ CAMARGO; RIBEIRO, 1998, p. 532.

⁷⁴ Obviamente essas garantias variam de acordo com projeto, com base nos diversos tipos do *Project Finance* analisados anteriormente: *nonrecourse*, *limited recourse* e *full-recourse*.

garantias para mitigar os riscos decorrentes do projeto. Embora as obrigações assumidas tenham que ser garantidas exclusivamente pela rentabilidade do projeto em si, a prática tem demonstrado que surge a necessidade de garantias paralelas, de natureza real, outorgada sobre um bem, ou de natureza pessoal, outorgada genericamente sobre um patrimônio, forma pela qual se configuraria um *Project Finance* estruturado sob a forma *limited recourse*⁷⁵.

De qualquer sorte, o que é fundamental é assegurar que o patrocinador, com o valor financiado para desenvolver o projeto, o fará de forma a gerar fluxo de caixa suficiente para saldar a dívida contraída, ou, caso contrário, o financiador possa o fazer por conta própria a fim de garantir o retorno da quantia financiada.

Dentre as garantias das quais podem se valer o financiador, tem-se, primeiramente, a declaração de conclusão do projeto. Esta modalidade de garantia, embora não possa ser classificada como garantia em sentido estritamente jurídico, geralmente envolve uma obrigação de concluir o projeto ou então quitar toda a dívida do mesmo até a data especificada e acordada entre as partes – o que acaba repousando no dever geral de garantia patrimonial das obrigações entabuladas por contratos. Explica Finnerty⁷⁶ que normalmente os credores exigem que os patrocinadores, ou outras partes com capacidade de obtenção de crédito, assumam um compromisso incondicional de fornecer quaisquer recursos necessários à conclusão do projeto em conformidade com suas especificações, e colocá-lo em operação dentro do prazo especificado.

Nesse sentido, observa-se que acabará sendo necessário fazer uma consideração do balanço patrimonial⁷⁷ da empresa receptora do financiamento, já que além de existir um vínculo societário entre a empresa financiada e as empresas que a controlam, ela terá que em alguns casos dispor de recursos próprios quando o crédito obtido junto à instituição financeira se mostrar insuficiente. Isto é, muito embora não

⁷⁵ MARTINS, Carolina de Oiveira. *Project Finance na indústria do petróleo brasileira*, in RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. (coord.). **Estudos e pareceres – direito do petróleo e gás**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P: 459-460.

⁷⁶ FINNERTY, 1999, p. 54.

⁷⁷ Para maiores informações ver: SZUSTER, Natan. **O fim do off-balance sheet em Project Finance: um estudo dos Aspectos Contábeis da Consolidação de Sociedades de Propósito Específico**. Disponível em: <http://proxy.furb.br/ojs/index.php/universocontabil/article/viewFile/870/664>. Acesso em: 14 mai. 2009.

seja da natureza de uma operação de Project Finance, qualquer instituição financeira dificilmente vai querer assumir sozinha todos os riscos com um empreendimento sem ter certeza da realidade econômica da empresa financiada. Do contrário, a instituição financeira estaria se afastando da sua finalidade, que é a obtenção de lucros, e não o empreendedorismo característico das empresas patrocinadoras dos projetos.

Muito embora o balanço patrimonial da empresa patrocinadora seja considerado na concessão do financiamento, repara-se certa peculiaridade quando comparado com os demais tipos de financiamentos. No caso do *Project Finance*, considera-se o balanço patrimonial unicamente para garantir que, se necessário, a empresa disporá de recursos próprios para continuar o desenvolvimento do projeto, e não para, em caso de inadimplemento, ter crédito suficiente para garantir o retorno do financiamento. Isso porque, como visto anteriormente, a empresa constituída com o propósito específico para implementação do projeto responde apenas com o seu patrimônio, e não com o das empresas que a constituíram, muito menos com o patrimônio dos sócios dessas. Trata-se de um patrimônio de afetação, que foge à regra que o devedor responde por suas obrigações com todo o seu patrimônio, conforme impõem os Art. 391 e 597 do Novo Código Civil⁷⁸.

Por fim quanto a essa garantia, as obrigações das partes que assumem o compromisso de conclusão terminam quando for alcançada a conclusão do projeto.

Outra garantia, após a conclusão do projeto e início das operações do mesmo, que pode ser exigida do patrocinador é a garantia relativa ao serviço da dívida. Os contratos de compra e venda da produção do projeto ou para a utilização de seus serviços normalmente constituem os principais arranjos de garantia da dívida do projeto. Em termos gerais, *“tais contratos objetivam assegurar que o projeto receba receitas suficientes para cobrir plenamente seus custos de operação, e atender às suas obrigações de serviço de dívida de forma tempestiva”*⁷⁹. Segundo o autor, os credores geralmente insistem que essas obrigações contratuais estejam em vigor, válidas e obrigatórias antes de qualquer saque das parcelas do financiamento.

⁷⁸ Essa figura assemelha-se ao instituto do *trust* do direito anglo-saxão.

⁷⁹ FINNERTY, 1999, p. 55.

Ainda, tem-se a garantia que recai diretamente nas instalações do projeto. Neste caso os credores exigem um envolvimento de garantia direta nas instalações do projeto, geralmente na forma de privilégio na primeira hipoteca sobre todas as suas instalações. Esse valor de garantia é limitado ao valor financiado ao patrocinador. Desta forma, terá o financiador, no limite do capital disponibilizado, privilégio de execução frente aos demais credores.

É na garantia direta nas instalações do projeto que, com efeito, surgem as figuras do Negócio Fiduciário como instrumento de garantia do mercado investidor, protegendo o financiador da utilização indevida do financiamento para fins diversos do desenvolvimento do projeto e, ainda, concedendo ao mesmo o direito de credor preferencial frente aos valores gastos com o desenvolvimento do projeto.

Com base nestas três áreas de abrangência das garantias, na prática percebe-se a necessidade das seguintes garantias nas operações de *Project Finance*: penhor de recursos gerados pelo empreendimento, como os direitos creditórios e direitos emergentes; hipotecas; penhor de ações; apólices de seguro; prestação de garantias bancárias; *comfort letters* (cartas emitidas pelo ou em nome do devedor para dar segurança aos credores sobre questões não expressas nos contratos); suporte financeiro dos patrocinadores através de fiança do controlador do *sponsor*; propriedade fiduciária dos bens e outras. E é sobre essa última garantia que se abordará a seguir.

Embora tenha se exemplificado que na alienação fiduciária a instituição financeira financia determinado bem em valor preciso, a prática do *Project Finance* tem mostrado que o valor concedido pode ser financiado sem previsão específica do bem que será adquirido pela empresa. Como veremos no decorrer do trabalho, a *Project company* pode até mesmo garantir a propriedade fiduciária de bens futuros. A prática empresarial moderna tem acarretado uma margem muito grande para as partes estipularem as garantias e demais cláusulas contratuais que considerem importantes nas mais diversas operações.

Demonstra o exemplo da prática brasileira, em financiamento estruturado com *Project Finance*, para exploração e comercialização da energia eólica no Estado do Rio Grande do Sul, que os patrocinadores do empreendimento deram em garantia a

propriedade fiduciária de todos os bens que fossem adquiridos com recursos advindos do financiador⁸⁰.

Sobre o assunto, José Virgílio Lopes Enei⁸¹ aduz que: “pelo menos na prática empresarial, da qual o financiamento de projetos é um exemplo dos mais enriquecedores, tem-se verificado a possibilidade do exercício de uma ampla criatividade na estipulação de garantias típicas e atípicas, com o objetivo de atender às mais variadas necessidades suscitadas pelas operações econômicas cada vez mais complexas”.

Quanto aos elementos e requisitos do contrato de alienação fiduciária, como qualquer outro negócio jurídico, pressupõe-se agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei e também exige requisitos de ordem subjetiva, objetiva e formal⁸².

Para cumprimento do requisito referente à capacidade das partes, é necessário que elas tenham capacidade para contratar, vale dizer, que o devedor-fiduciante seja proprietário de um determinado bem e que dele possa dispor de tal bem de forma a aliená-lo fiduciariamente para garantia de uma dívida e, o credor-fiduciário, adquirir a propriedade resolúvel do bem objeto da garantia em face do financiamento concedido⁸³.

Quanto à legitimidade para figurar como alienante na alienação fiduciária, tanto de bens móveis quanto de bens imóveis, qualquer pessoa, física ou jurídica, capaz de alienar e de contrair obrigações, pode figurar neste tipo de relação contratual⁸⁴.

Certa peculiaridade é prevista nas hipóteses de alienação em garantia de bens móveis. Com base no Art. 66 da Lei n. 4.728/65, com nova redação do Decreto-Lei n. 911/69, a alienação fiduciária de bens fungíveis não se compatibiliza com a natureza

⁸⁰ DUTRA, Rafael d' Avila. Financiamento de Parques Eólicos: A experiência brasileira. **Revista Eletrônica Actualidad Jurídica Uría Menéndez**. Madri, 2006, p. 101. Disponível em: <http://www.uria.com/por/actualidade_juridica/n13/index.asp>. Acesso em: 15 mai.2009.

⁸¹ ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance: financiamento com foco em empreendimentos: (parcerias público-privadas, leverage buy-outs e outras figuras afins)*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.356.

⁸² CHALHUB, 2006, p. 164.

⁸³ CHALHUB, 2006, p. 164.

⁸⁴ Observa-se que há controvérsias acerca da legitimidade para adquirir fiduciariamente bens móveis. Uma corrente defende que qualquer um, desde que capaz, é legitimado para figurar como fiduciário, independentemente de vinculação com o mercado de capitais, uma vez que a lei não fez nenhuma restrição; já a outra parte defende que a lei foi criada para dar garantia às instituições financeiras, motivo este que a elas deve ser aplicada. Ver mais: CHALHUB, 2006, p. 165.

do instituto, sendo necessária que a garantia dada recaia em bem durável, não consumível, restituível⁸⁵. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já entendeu que não se admite a alienação fiduciária de bens fungíveis e consumíveis⁸⁶.

A formalidade do contrato também deve ser observada, sob pena de restar prejudicada⁸⁷. O contrato sempre será celebrado por escrito, mediante instrumento público ou particular, assinado pelas partes e por duas testemunhas, que só valerá perante terceiros após registrado no Registro de Título e Documentos.⁸⁸

Considerando que o devedor ocupa a posição de depositário do bem⁸⁹ que aliena fiduciariamente, em razão de uma dívida que contrai junto à instituição financeira, tem a obrigação de pagar as prestações do financiamento e respectivos encargos financeiros, multa e demais cominações, enquanto o fiduciário tem o dever de devolver o bem assim que tiver satisfeito o seu crédito. Entretanto, se o devedor-fiduciante não pagar a dívida, o credor fiduciário passa a exercer posse plena sobre a coisa, independente de qualquer manifestação de vontade das partes, pois já é titular do domínio, posto que resolúvel, e ainda deve satisfazer o seu crédito com a venda a terceiro da coisa dada em garantia, sendo vedado a ele permanecer com a coisa (pacto comissório)⁹⁰.

Assim, em caso de inadimplemento do devedor, deve o fiduciário, com base no Art. 66 §4º. da Lei n. 4.728/65, com redação do DL 911/69, “vender a coisa a terceiros e aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da cobrança, entregando ao devedor o saldo porventura apurado, se houver”.

Depreende-se, desta forma, como explica Arnaldo Wald⁹¹, “que é vedado o pacto comissório”, pois sendo a propriedade em garantia onerada com um encargo, em caso de o devedor deixar de pagar a dívida, “a propriedade fiduciária consolida-se em nome

⁸⁵ CHALHUB, 2006, p. 166.

⁸⁶ 2ª. Seção do STJ. 28/10/92, maioria, JSTJ, 46:219; 4ª. Turma do STJ, 29/6/90, Revista do STJ, 15:366.

⁸⁷ Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n.º. 527 909 4/6-00, da Câmara Especial de Recuperação de Falências e Recuperação Judicial, São Paulo/SP, 26 de março de 2008.

⁸⁸ CHALHUB, 2006, p. 169.

⁸⁹ Na função de depositário, deve o fiduciante abster-se de qualquer ato contrário aos interesses do fiduciário como, por exemplo, conservar o bem para, em caso de inadimplemento, devolvê-la em condições de venda. Ver: CHALHUB, 2006, p. 172.

⁹⁰ CHALHUB, 2006, p. 160; 172.

⁹¹ WALD. Arnaldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direitos das Obrigações. São Paulo: Revista dos Tribunais. 10ª. Ed. 1992, p. 266-267.

no credor”⁹², mas com o encargo de vendê-la e satisfazer o seu crédito. Nesse mesmo sentido, é vedada a cláusula que autoriza o proprietário a ficar com o bem. Segundo prevê o Art. 1.365, do Código Civil, “é nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento”.

Inegavelmente, como já dizia Chalhub⁹³, a alienação fiduciária, principalmente de bens imóveis, veio a suprir a necessidade de garantias mais eficazes no Direito brasileiro, com condições compatíveis com as necessidades da economia moderna, a exemplo do que há muito se verifica no âmbito dos financiamentos de bens móveis.

Nesse sentido, importante perceber que o bom funcionamento do mercado, onde haja estímulo para os negócios, financiamentos e investimentos, depende de garantias ágeis que permitam uma rápida recuperação de crédito para os provedores de recursos. A própria literatura de *Law and Economics*, entendendo as garantias como problemas institucionais, demonstra que um melhor sistema de garantias contratuais tende a estimular as relações das mais diversas formas⁹⁴.

No *Project Finance*, os investidores, mesmo que dotados de grande poder aquisitivo, também necessitam de crédito para o desenvolvimento dos projetos. Nesse contexto, requerem, além do crédito, segurança jurídica para o investimento, principalmente em países em desenvolvimento, como o Brasil. Assim, de um lado, tem-se o investidor em busca de crédito, em um tipo de financiamento que, embora não ofereça garantias reais com o seu patrimônio, oferece sobre o da empresa constituída para o desenvolvimento do empreendimento. Já do outro lado, tem-se a instituição financiadora do projeto, que exige garantias eficientes para ter solvido o crédito concedido ao investidor. Para isso, precisa-se de alternativas que, em caso de inadimplemento do devedor, a financeira possa se valer de recursos rápidos e eficazes para buscar junto ao patrimônio do patrocinador do projeto, no limite do valor financiado, o valor que despendeu com o desenvolvimento do empreendimento. Desta forma, a alienação fiduciária surge como “uma espécie de negócio em que se utiliza a

⁹² CHALHUB, 2006, p. 179.

⁹³ CHALHUB, 2006, p. 197.

⁹⁴ Para um aprofundamento no tema das instituições, ver ZYLBERSZTAJN, Décio. SZTAJN, Raquel, org. **Direito e Economia**. São Paulo: Editora Campus, 2005.

transmissão da propriedade para fins de garantia”⁹⁵. Assim, o financiador do projeto tem garantia de que o valor por ele concedido ao patrocinador do projeto será utilizado para uma finalidade determinada e, conseqüentemente, o valor despendido com os bens, tanto imóveis quanto móveis, que tenham origem no financiamento, serão dados em garantia fiduciária ao financiador, que terá mitigado o risco de inadimplemento.

Interessante observar que em razão da constituição da propriedade fiduciária, a posse é desdobrada, atribuindo-se a posse direta ao devedor-fiduciante e a posse indireta ao credor-fiduciário⁹⁶. Como decorrência da contratação da alienação fiduciária, constitui-se a propriedade fiduciária, que nada mais é, segundo Chalhub⁹⁷, “do que a propriedade resolúvel sobre o objeto da garantia, isto é, na clássica definição de Clóvis Beviláqua, aquela que, no próprio título de sua constituição, encerra o princípio que a tem de extinguir, realizada a condição resolutória”.

Ou seja, observa-se que a exemplo do penhor mercantil e industrial, bem como da hipoteca, os bens alienados fiduciariamente em garantia permanecem sob a posse da sociedade que desenvolve o projeto, constituindo apenas uma garantia real em favor do financiador.

Tal garantia sobre bens imóveis exerce função semelhante às garantias reais imobiliárias previstas no Direito brasileiro, porém é dotada de mais eficácia. Como o mesmo autor explica⁹⁸, nas garantias como a hipoteca e a caução, o devedor retém o bem, apenas gravando-o para garantia de uma obrigação, enquanto que na propriedade fiduciária o devedor transmite a propriedade, passando-a ao credor para que fique com este até que seja satisfeita a obrigação.

A vantagem dessa garantia frente ao penhor e à hipoteca é que o bem alienado fiduciariamente não integra a massa falida do devedor, podendo ser, segundo prevê os Art. 7º. do Dec. Lei n. 911 e Art. 85 da Lei de Falências, ser objeto de pedido de restituição por parte do credor fiduciário.

⁹⁵ CHALHUB, 2006, p. 198.

⁹⁶ CHALHUB, 2006, p. 198.

⁹⁷ CHALHUB, 2006, p. 198.

⁹⁸ CHALHUB, 2006, p. 198.

A lei autoriza que a alienação fiduciária possa ser utilizada como garantia em qualquer operação de crédito imobiliário, podendo envolver qualquer pessoa física ou jurídica, tanto para adotar as condições operacionais a que estão autorizadas (Art. 5º, §2º, Lei n. 9.514/77), quanto para contratar a alienação fiduciária (Art. 22, Lei n. 9.514/77), não sendo privativa das entidades que operam no Sistema Financeiro Imobiliário. Entretanto, é evidente que é entre as instituições financeiras que o instituto será mais utilizado.

Observa-se que há duas principais hipóteses de celebração do contrato de alienação fiduciária, sendo que ambas podem ser celebradas em um único instrumento. Na primeira delas, figuraria como parte do contrato somente o incorporador e o adquirente do imóvel, em uma operação em que o incorporador vende um imóvel ao adquirente, com pagamento parcelado, hipótese esta em que o adquirente se reconhece como devedor e, para garantia de pagamento do saldo remanescente, aliena fiduciariamente o imóvel que adquiriu. Nesta situação estaria configurado um contrato de compra e venda, com pagamento parcelado, e um contrato de alienação fiduciária, sendo o incorporador, além de vendedor, o credor fiduciário e, o adquirente, comprador e devedor-fiduciante.

Na segunda hipótese é o caso em que figuraria, junto com o incorporador e com o adquirente, uma instituição de crédito, esta provedora de recursos financeiros ao adquirente. Isto é, na formalização desta operação depara-se com a celebração de três contratos distintos: o primeiro deles, um contrato de financiamento, em que determinada financeira proverá recursos ao adquirente para que este compre o imóvel; o segundo contrato é um de compra e venda, onde o adquirente adquirirá imóvel do incorporador mediante pagamento de um preço com recursos do financiamento; e, por fim, um contrato de alienação fiduciária, em que o adquirente transmite a propriedade em garantia do pagamento do crédito concedido para a compra do imóvel.

Não obstante seja esse modelo o mais tradicional tratando-se de alienação fiduciária, admitem-se quaisquer outras operações para garantir determinado crédito. Principalmente nas operações de *Project Finance*, em que inúmeras engenharias financeiras surgem para permitir às partes o desenvolvimento de determinado projeto,

podendo elas, primeiramente, celebrar um contrato de financiamento com determinada instituição de crédito e oferecer em garantia a propriedade fiduciária dos imóveis que ela venha adquirir com os recursos provenientes do financiamento. Como explica Chalhub⁹⁹, “admitem-se quaisquer outras operações em que se possa transmitir a propriedade de coisa imóvel para garantia de qualquer operação de crédito, e não somente para garantia do financiamento utilizado na aquisição do imóvel”.

Embora com esse entendimento, importante observar que o banco financiador de uma operação estruturada com *Project Finance* pode exigir, como condição para o financiamento, quaisquer ativos e recebíveis que advenham com o desenvolvimento do projeto¹⁰⁰, vale dizer, que ainda não existam na época de celebração do contrato de financiamento.

O *security package* do Parque Eólico mencionado anteriormente, desenvolvido no Sul do país, inclusive, quanto à propriedade fiduciária dos bens móveis e imóveis, prevê que o patrocinador do projeto não é proprietário dos imóveis sobre os quais os parques eólicos estavam sendo construídos, mas sim titular dos direitos de uso sobre estes imóveis através dos correspondentes contratos de cessão de uso de imóvel. Salienta-se que estes contratos foram cedidos condicionalmente (sujeitos ao *default* nos contratos de crédito) aos financiadores^{101,102}.

Nesse sentido cabe chamar a atenção em comparação ao Direito comparado, que a alienação fiduciária em garantia passa a ser utilizada também para bens futuros, isto é, ainda não existentes na época do financiamento.

Percebe-se, dessa forma, que o Direito brasileiro passa a ter necessidades de adaptar as instituições pátrias com novos modelos jurídicos que já se valem países

⁹⁹ CHALHUB, 2006, p. 207.

¹⁰⁰ Por exemplo, dentre as garantias reais exigidas pelo BNDES, os patrocinadores devem oferecer em garantia aos principais financiadores, caso estes solicitem, quaisquer ativos e recebíveis supervenientes do projeto. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/linhas/project_finance.asp>. Acesso em: 12 mai.2009.

¹⁰¹ DUTRA, 2006, p. 102.

¹⁰² Interessante observar que consta nas atas de assembleia da Sociedade Ventos do Sul Energia S/A, criada para desenvolvimento do projeto, que a principal destinação dos recursos provenientes do financiamento seria para gastos com “usos”, dentre eles máquinas e equipamentos. Fonte: Ata de Assembleia Extraordinária, em 30/11/2007, registrada sob o número de protocolo 05/213406-7.

desenvolvidos, como Estados Unidos e Inglaterra, para oportunizar o desenvolvimento econômico e social.

Diz-se isso porque, como se sabe, os países do sistema da *common law* tendem a ser muito mais ricos em criação e estruturação de garantias do que os países da *civil law*. Assim a própria literatura internacional reconhece que o Direito inglês sempre se adaptou às necessidades comerciais, demonstrando flexibilidade e dando eficácia às práticas comerciais e, também, dando margem à criação de tantas garantias quanto o mercado e as relações comerciais demandarem¹⁰³:

Chiu¹⁰⁴, em material sobre a elaboração das garantias na Inglaterra, observou que

“a prominent commentator remarked that English law has always adapted well to commercial needs, demonstrating flexibility and giving effect to reasonable practices in commerce. This is also the case for the law of secured credit in its evolution as primarily judge-made private law. [...] In terms of English commercial law, arguably, the law of security allowed the fabrication of security interests largely in tandem with commercial desires, and did not straitjacket such fabrication with legal principles. This is unlike the approach of continental European jurisdictions that judge the acceptability of security transactions according to fundamental legal values such as the “false wealth” principle. Therefore, in many continental jurisdictions, non-possessory security is largely not allowed due to fear of fraud”.

Entretanto, é importante considerar que a evolução da *common law* é jurisprudencial e está ligada às necessidades do mercado ao passo que o *civil law* é estancado às categorias romanas de interferência maior do legislador. Ou seja, pode-se entender que no Brasil, uma vez que a atuação do legislador é necessária para a criação de normas jurídicas, as partes não podem criar garantias reais, isso porque, como o próprio nome diz, as garantias reais envolvem bens reais e, ainda, as hipóteses

¹⁰³ Nota-se que na *common law* a classificação das garantias perdem sentido prático (salvo entre *fixes and floating charge* no Reino Unido), pois são inúmeras as garantias que as partes podem convencionar para garantir o cumprimento de uma obrigação.

¹⁰⁴ CHIU, Iris H-Y. The Legal Fabrication of Security Interests in the United Kingdom. 31 **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation**. N. 31. P:703. Para um aprofundamento sobre a matéria, ver o mesmo artigo.

dessas garantias reais são presumidas *numerus clausus*, isto é, são garantias reais apenas aquelas elaboradas pelo legislador e previstas na legislação.

Ainda quanto à possibilidade de bens futuros na alienação fiduciária em garantia, segundo o §2º. do Art. 66 da Lei n. 4728, com redação conferida pelo Decreto n. 911, o Negócio Fiduciário podia ser constituído mesmo nos casos que o bem objeto da transmissão fiduciária em garantia ainda não integrasse a esfera jurídico-patrimonial do fiduciante. Entretanto, o referido artigo foi revogado pela Lei n. 10.931, que nada dispôs acerca da utilização da alienação fiduciária em garantia de bens ainda não existentes.

Não querendo entrar na análise da constitucionalidade de tal garantia recaindo sobre bens futuros, nem mesmo estabelecer uma comparação sistemática ao Direito estrangeiro, apenas traz-se a título exemplificativo que na *common law*, à luz do princípio da liberdade contratual¹⁰⁵, podem as partes de uma relação jurídica conceder garantias sobre bens ainda não existentes, como é o caso das cláusulas de *floating charge*.

Desta forma, pode-se afirmar que na celebração de um contrato de financiamento para obtenção de recursos para desenvolvimento de um determinado projeto poderão as partes oferecer em garantia a propriedade fiduciária dos bens móveis e imóveis que elas venham a adquirir durante a operação, situação em que não necessariamente a instituição provedora do crédito saberá a destinação exata do financiamento, muito menos dos bens exatos a serem adquiridos.

Essa hipótese fugiria à regra de que apenas o proprietário do bem pode oferecer garantias reais. Conforme explicou Beviláqua [BEVILÁQUA, 2003, p: 15], apenas o proprietário do bem pode onerá-lo com garantia real. O ônus real, segundo o mesmo autor, importa em alienação do valor da coisa ou de seus frutos, na medida necessária para o pagamento da dívida garantida; e somente o proprietário tem capacidade jurídica suficiente para realizar tal alienação.

Ora, se a alienação fiduciária é uma garantia real, é necessário que o alienante, ou patrocinador do projeto, no caso de uma operação com *Project Finance*, seja o

¹⁰⁵ TIMM, Luciano Benetti. *Common Law e Contract Law: uma introdução ao Direito contratual Norteamericano*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 871, ano 97, mai. 2008.

proprietário do bem na época da celebração do contrato de garantia, a hipótese de oferecê-la sobre um bem ainda não adquirido seria eventualmente inválida, pois careceria o mesmo de legitimidade para alienar algo que, até então, não é de sua propriedade. Desta forma, somente o proprietário pode dar bens em garantia. Segundo o ensinamento de Caio Mário, trata-se de um requisito de natureza subjetiva para a validade da garantia real¹⁰⁶.

Ainda quanto à destinação do financiamento para a compra de um bem móvel, no qual será gravado fiduciariamente ao credor, não necessariamente deve ser acessório do negócio principal que as partes venham a celebrar, seja ele mútuo ou, no caso do *Project Finance*, de um financiamento. Explica Aronne¹⁰⁷ que a “alienação fiduciária em garantia não precisa, necessariamente, ser acessória de mútuo ou financiamento que objetivou a aquisição da coisa propriamente dita”. Isto é, o contrato de garantia em bens móveis pode ser celebrado com as partes independentemente de relação com o contrato principal. Poderia, neste caso, perfeitamente, um tomador de financiamento destinado à compra de tecnologia (*know how*) conceder a propriedade fiduciária de determinado bem móvel em garantia da dívida.

Entretanto, mesmo que a instituição financeira não saiba os bens a serem adquiridos pela pessoa que obteve o crédito junto a ela, é necessário que, para celebração do contrato de alienação fiduciária em garantia, de que trata o Art. 22 da Lei n. 9514/77, que o objeto seja a propriedade resolúvel de coisa imóvel.

Interpretando este dispositivo juntamente com o Art. 43, I e II, Código Civil de 1916, o bem imóvel é “o solo, com sua superfície, os seus acessórios naturais e adjacências naturais, compreendendo as árvores e frutos pendentes, o espaço aéreo e o subsolo”, ou seja, tudo o que for incorporado permanentemente no solo, como, por exemplo, as edificações. Desta forma, observa-se que com relação ao objeto do instituto é possível garantir imóveis construídos, imóveis em construção ou, até mesmo, imóveis a serem erigidos.

¹⁰⁶ Esse questionamento seria desnecessário se, ao modelo da *common law*, não fosse necessário essas classificações típicas de países com sistema jurídico romano germânico. Não se pode obstruir o desenvolvimento de garantias eficazes e que se adaptam aos contratos modernos, como é essa utilizada no *Project Finance*, simplesmente por questões meramente “acadêmicas”.

¹⁰⁷ ARONNE, Ricardo. Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados: (das raízes aos fundamentos contemporâneos). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 413.

Ainda, outro requisito do objeto a ser alienado, é que seja suscetível de alienação fiduciária, isto é, “importa, obviamente, que o imóvel seja alienável, pois o contrato destina-se à transmissão da propriedade ao credor, daí por que, se o imóvel for inalienável por qualquer razão, notadamente por estar gravado com cláusula de inalienabilidade, será nulo o contrato de alienação fiduciária”¹⁰⁸.

Para constituição da propriedade fiduciária e o posterior desdobramento da posse, deverão as partes, seguindo o modelo de todos os direitos reais previstos na legislação brasileira, formalizarem o registro junto ao Registro de Imóveis competente, através de instrumento público ou particular, obedecendo ao mesmo procedimento imposto pela lei no caso de alienação de bens móveis. Após o registro, o fiduciante torna-se o possuidor direto, enquanto que o fiduciário torna-se o possuidor indireto do imóvel.

O contrato que serve de título ao Negócio Fiduciário e que deve ser devidamente registrado como mencionado anteriormente, tem que obedecer ao artigo 24 da Lei n. 9.514/97 que impõe as cláusulas essenciais que deverão ser enunciadas no instrumento.

Após o adimplemento da dívida, volta-se ao *status quo*, situação que em decorrência da implementação da condição de pagamento da dívida, que é uma condição resolutiva, o devedor- fiduciário volta à condição de proprietário do imóvel. Tem, assim, “o devedor-fiduciante uma pretensão restitutória, que constitui uma expectativa real, subordinada, entretanto, ao implemento da condição”¹⁰⁹ de adimplemento da dívida. Importante observar que quanto à liquidação da dívida, cabe o fiduciário, no prazo de 30 dias contados do pagamento, fornecer ao fiduciante o termo de quitação da dívida, sob pena de multa, a fim de que o devedor-fiduciário promova a reversão da propriedade plena para o seu nome.

Já na hipótese de inadimplemento da dívida, seja na sua integralidade ou parcialmente, a propriedade implica a automática exigibilidade do crédito, “sendo desnecessária qualquer interpelação, salvo o caso em que não houver prazo

¹⁰⁸ CHALHUB, 2006, p. 205.

¹⁰⁹ CHALHUB, 2006, p. 223.

assinado”¹¹⁰. A Lei 9.514/97 criou um procedimento notarial específico junto ao registro de imóveis, o qual deverá ser seguido pelo credor-fiduciário, dispensando qualquer espécie de atividade jurisdicional para contemplar a consolidação da propriedade.

Importante observar que com base no Art. 26 da Lei n. 9.514/97, considera constituído em mora o fiduciante quando vencida e não paga a dívida, consolidar-se-á, automaticamente, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário. Assim, ocorrendo o inadimplemento pelo devedor das dívidas asseguradas, as coisas poderão ser vendidas para satisfação integral dos respectivos créditos¹¹¹.

A alienação fiduciária é empregada, então, para fins de garantia. Seguindo a ideia de confiança empregada no instituto, em que de comum acordo as partes convencionaram a condição de resolver ou desconstituir a obrigação uma vez satisfeita a dívida que a originou, vale-se da alienação fiduciária ou alienação fiduciária em garantia, acolhida pelo Código Civil com a denominação de Propriedade Fiduciária¹¹², para garantir determinado crédito.

Trata-se, segundo Chalhub¹¹³, de uma nova alternativa de garantia para o “novo mercado” com uma estrutura extremamente simples, que com o advento da Lei n. 9.514, de 1997, no tocante ao novo sistema de financiamento, possibilitou a redução da presença do Estado nos negócios privados, estabelecendo um sistema composto somente pelos instrumentos básicos necessários ao desenvolvimento dos negócios segundo as regras do livre mercado.

¹¹⁰ CHALHUB, 2006, p. 225.

¹¹¹ Um outro questionamento que surge no *Project Finance* é quanto à impossibilidade de estabelecimento do pacto comissório. Isto é, uma vez ocorrido o inadimplemento, as coisas alienadas fiduciariamente, tanto os bens móveis quanto os imóveis, devem ser vendidos para satisfação integral da dívida, não podendo ser convencionado o contrário. Entretanto, essa obrigação dos envolvidos confrontaria a natureza desse tipo de operação, pois poderia os agentes financiadores resolver continuar com o desenvolvimento do projeto para não sofrer o prejuízo na hipótese de não pagamento da dívida ou, até mesmo, em caso de uma situação superveniente que constitua em mora o devedor em determinada fase do projeto, não tenha considerações de superá-la, teria consolidada a posse dos bens em nome do credor fiduciário, o que impossibilitaria a continuação do projeto.

¹¹² Observa-se que antes do Código Civil de 2002 a propriedade fiduciária era nomeada alienação fiduciária em garantia. Ver: Pereira, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, p. 426.

¹¹³ CHALHUB, 2006, p. 06-07.

Embora seja um instrumento que pode ser utilizado como garantia junto a financiamentos, não atrai, segundo Hélio do Valle Pereira¹¹⁴, o contentamento da maioria. Isso porque, conforme aduz o autor, se trata de uma garantia contratual com um mecanismo de grande poder coercitivo que prestigia especialmente créditos de entidades financeiras, instituições que lograram com o passar do tempo uma enorme rejeição social.

Evidentemente que o instituto foi bem recebido, pelo menos para as instituições financeiras, que podem se valer desse mecanismo de grande eficiência em caso de inadimplementos, principalmente se comparado com a funcionalidade das demais garantias reais previstas no sistema jurídico brasileiro.

CONCLUSÃO

Concluiu-se no primeiro capítulo que a utilização do *Project Finance* consiste em um importante passo no desenvolvimento econômico e social do país e, a cada vez mais, a utilização dessas complexas engenharias financeiras demandam a criação de novos institutos que possam amparar as relações que delas decorrem.

Assim, como observou Enei, o financiamento de projetos é fruto da crescente complexidade das operações econômicas, as quais não mais se satisfazem com contratos singulares e fórmulas contratuais tradicionais, reclamando redes de contratos condizentes com a moderna realidade empresarial¹¹⁵.

E quanto a essas fórmulas contratuais modernas, pode-se afirmar que se faz necessário um ambiente social e econômico, em que se tenha normas eficazes que garantam segurança jurídica a todos os envolvidos na implementação e na operação de determinado empreendimento. No que concerne a essa segurança, procurou-se abordar, ao longo do presente trabalho, a utilização de garantias contratuais capazes de amparar as instituições de crédito nos financiamentos concedidos aos desenvolvedores do projeto.

¹¹⁴ PEREIRA, Hélio do Valle, 2007, p. 15.

¹¹⁵ ENEI, 2001, p. 423.

Em relação a essas garantias, nos capítulos posteriores, analisou-se a alienação fiduciária em garantia de bens móveis e de bens imóveis que é eficientemente utilizada nas operações de financiamento. Percebeu-se que se trata de um novo direito real de garantia, que possui instrumentos de recuperação de crédito mais ágeis, se comparado com os modelos tradicionais positivados no Direito pátrio, adaptando-se perfeitamente às necessidades de uma economia cada vez mais dinâmica.

Verificou-se, ainda, que além de se tratarem de garantias relativamente novas no Direito positivo, elas são utilizadas nas suas formas mais complexas – nas grandes operações e, até onde se sabe, não se tem registros de conflitos decorrentes da utilização desses novos institutos, o que torna incerta, de certa forma, a sua futura efetividade.

Enei também já havia observado que a operacionalização e a disciplina dessas garantias recentemente tipificadas remanescem sujeitas a uma série de incertezas, já que não houve tempo hábil para que elas pudessem ser suficientemente testadas em nossos tribunais à luz de suas recentes leis tipificadoras.

Mas o que importa observar é que a prática empresarial moderna, embora com uma aplicação relativizada do princípio da autonomia privada nos contratos, somada com a ideia de resistência dos legisladores em “fazer o direito” e, ainda, diante da intervenção cada vez maior do Judiciário nos negócios privados, tem se desenvolvido principalmente no que tange às novas relações contratuais.

Percebeu-se, também, a adaptação da alienação fiduciária a partir da atipicidade de sua aplicação em bens futuros, dada a grande influência do direito da *common law* no Brasil, que como se verificou, é um sistema jurídico prestigiado pela liberdade contratual garantida às partes e que, no tocante à liberdade de criação de novas garantias, essas são pouco limitadas, garantindo às partes a ampla autonomia na suas elaborações, inclusive perdendo o sentido da nomenclatura de tais garantias, tendo em vista a enorme liberdade das partes para disporem sobre a matéria.

Por fim, resta mencionar que o uso do *Project Finance* é limitado apenas à criatividade dos financiadores e patrocinadores do projeto. Entretanto, se faz necessário que essa criatividade seja exercida em um ambiente que proporcione o mínimo de segurança jurídica aos patrocinadores do empreendimento, de que estes

poderão desenvolver o projeto sem intervenções estatais, no que diz respeito ao Poder Judiciário por meio da sua intervenção nos contratos privados, como pelo Legislativo, na criação de normas protecionistas e bastante limitadoras da autonomia privada, e pelo Executivo, através de intervenções nacionalistas com o discurso de defesa da ordem pública e segurança nacional.

Por outro lado, se faz também necessária a segurança dos financiadores, que apostam, juntamente com os patrocinadores, no desenvolvimento de determinado projeto e necessitam que, em caso de inadimplemento, possam se valer de institutos eficientes que mitiguem eventual dano que possam vir a ser suportados unicamente por eles.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Vilson Rodrigues. **Alienação fiduciária em garantia: ações de busca e depósito, a impossibilidade de prisão civil do devedor**. Campinas: Millennium, 1998.

ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados: (das raízes aos fundamentos contemporâneos)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AZEREDO, A. R. **Financiamento de longo prazo no Brasil: *Project Finance* como alternativa para a infraestrutura**. Rio de Janeiro: UFRJ/Coppead, 1999.

BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO – BID. **Agência**. Nova York, [200-]. Disponível em: <<http://www.iadb.org/aboutus/whoWeAre.cfm?lang=pt>>. Acesso em 20 mar. 2009.

BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO – BID. **Agência**. Nova York, [200-]. Disponível em: <<http://www.iadb.org/aboutus/index.cfm?lang=pt>>. Acesso em 20 mar. 2009.

BANCO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO – BNDES. **Empresa Pública Federal**. Brasília, [200-]. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/empresa/default.asp>>. Acesso em 19 mar. 2009.

BANCO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO – BNDES. **Empresa Pública Federal**. Brasília, [200-]. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/linhas/project_finance.asp>. Acesso em 19 mar. 2009.

BASSO, Maristela. **Joint ventures: manual prático das associações empresariais**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2002.

BESSONE, Darcy. **Direitos Reais**. São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Coisas**. Volume II. Brasília. Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

BONOMI, Cláudio; MALVESSI, Oscar. **Project Finance no Brasil: Fundamentos e estudos de caso**. 2ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BORGES, Luiz Ferreira Xavier; FARIA, Viviana Cardoso de Sá. *Project Finance: considerações sobre a aplicação em infraestrutura no Brasil*. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 18, p. 241-280, dez. 2008. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/conhecimento/revista/rev1808.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2008.

CAMARGO, João Laudo de; RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Project Finance e outras formas de financiamento**. In: Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio? A OMC e o Brasil. São Paulo: LTR, 1998.

CANTIDIANO, Luiz Leonardo. Introdução ao *Project Finance*. In: **Estudos de Direito Societário**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio fiduciário: alienação fiduciária, cessão fiduciária, securitização, Decreto-Lei n. 911, de 1969, Lei n. 8.668, de 1993, Lei n. 9.514, de 1997, Lei n. 10.931/2004**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CHIU, Iris H-Y. The Legal Fabrication of Security Interests in the United Kingdom. 31 **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation**. N. 31, p.703ss.

CONVENÇÃO DA CORPORÇÃO FINANCEIRA INTERNACIONAL. Disponível em: <http://www.ifc.org/ifcext/about.nsf/Content/Article_1> Acesso em 20/03/2009.

D´ALMEIDA, A. L. Estruturação do *Project Finance* para o Campo de Petróleo de Marlim. **XL Asamblea Anual de Consejo Latinoamericano de Escuelas de Administración**– Santiago, Chile, outubro 2005.

DUTRA, Rafael d´ Avila. Financiamento de Parques Eólicos: A experiência brasileira. **Revista Eletrônica Actualidad Jurídica Uría Menéndez**. Madri, 2006. Disponível em: <http://www.uria.com/por/actualidade_juridica/n13/index.asp>. Acesso em: 15 mai. 2009.

ENEI, José Virgílio Lopes. **Project Finance: financiamento com foco em empreendimentos: (parcerias públicosprivadas, leverage buy-outs e outras figuras afins)**. São Paulo: Saraiva, 2007.

FÉRES, Marcelo Andrade. **As sociedades de propósito específico (SPEs) no âmbito das**

parcerias público privadas (PPPs): algumas observações de direito comercial sobre o Art. 9º da lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Revista Jurídica, Brasília, v. 7, n. 75, p.01-05, out/nov, 2005.

FILHO, Nelson Fontes Siffert; ALONSO, Leonardo de Almeida; CHAGAS, Eduardo Barros; SZUSTER, Fernanda Rechtman; SUSSEKIND, Claudia Sardenberg. O papel do BNDES na expansão do setor elétrico nacional e o mecanismo de *Project Finance*. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, p. 3-37, mar. 2009. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/conhecimento/bnset/set2901.pdf>>. Acesso em: 07 mai. 2009.

FINNERTY, John D. **Project Finance: Engenharia financeira baseada em ativos**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1998.

FRADERA, Vera Maria Jacob. Os contratos autônomos de garantia. In: **Revista da Ajuris**. Porto Alegre, n. 53, p. 238-251, nov. 1991.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2008.

GUIMARÃES, Leonardo. **A SPE – Sociedade de propósito específico**. Revista de Direito Mercantil, n. 125, p. 134, jan. a março de 2002.

HOFFMAN, Scott L. **The law and Business of International Project Finance: A resource for Governments, Sponsors, Lenders, Lawyers and Project Participants**. 2ª. Ed. Estados Unidos da América: Transnational Publishers, Inc e Kluwer Law International, 2001.

INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION. **Instituição**. Washington, [200-]. Disponível em: <[http://www.ifc.org/ifcext/annualreport.nsf/AttachmentsByTitle/AR2008_Portuguese/\\$FILE/AR2008_Portuguese.pdf](http://www.ifc.org/ifcext/annualreport.nsf/AttachmentsByTitle/AR2008_Portuguese/$FILE/AR2008_Portuguese.pdf)> Acesso em: 29 mar, 2009.

MARTINS, Carolina de Oiveira. *Project Finance* na indústria do petróleo brasileira, in RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. (coord.). **Estudos e pareceres – direito do petróleo e gás**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P: 459-460.

MOREIRA, Hélio Cabral. *Project Finance*, uma abordagem pelo engenheiro do BNDES. In: **Curso de Avaliação de Empresas e Projetos da EPGE/FGV**, Rio de Janeiro, out. 1999. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/conhecimento/especial/projectf.pdf>>. Acesso em: 07 mai 2009.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 18ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PEREIRA, Hélio do Valle. **A nova alienação fiduciária em garantia- Aspectos Processuais**. 2.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Garantias no Código Civil**. Intelligentia Jurídica. Ano IV, Número 64: outubro de 2006. Disponível em: <<http://www.intelligentiajuridica.com.br/old-jul2004/artigo3.html>>. Acesso em: 20 abr. 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas: Lei n. 10.406, de 10.01.2002**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2006.

SZUSTER, Natan; MARQUES, José Augusto Veiga da Costa; SANTOS, Odilanei Morais dos; HOORY, Rafael; AMARAL, Marco Aurélio; ALVES, Cláudio Ribeiro Rodrigues. **O fim do off-balance sheet em Project Finance: um estudo dos Aspectos Contábeis da Consolidação de Sociedades de Propósito Específico**. Disponível em: <http://proxy.furb.br/ojs/index.php/universocontabil/article/viewFile/870/664>. Acesso em: 9 abr. 2009.

TIMM, Luciano Benetti. Common Law e Contract Law: uma introdução ao Direito contratual Norte-americano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 871, ano 97, mai. 2008.

TIMM, Luciano. DRUCK, Tatiana. **Alienação Fiduciária Imobiliária em uma perspectiva de Direito e Economia**. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers (University of California, Berkeley). Disponível em: <http://repositories.cdlib.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1073&context=bple>. Acesso em: 11 mai. 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 6ª. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

WALD. Arnaldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direitos das Obrigações**. 10ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

WHITE, Norman. **The development of Petroleum Financing**. In. Financing the International Petroleum Industry. London: Ed. Graham & Trotman, 1978.

WORD BANK GROUP. **Agência**. Washington, [200-]. Disponível em: <<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/HOMEPORTUGUESE/EXTPAISES/EXTLACINPOR/BRAZILINPOREXTN/0,,contentMDK:21352466~menuPK:3817183~pagePK:1497618~piPK:217854~theSitePK:3817167,00.html>>. Acesso em 20 mar. 2009.

ZYLBERSZTAJN , Décio; STAJN, Raquel (Org.). **Direito & Economia**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Campus Elsevier, 2005.

BREVES ANOTAÇÕES SOBRE A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃOLEANDRO MODESTO RODRIGUES JUNIOR¹

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. OS PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL. 2. O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. 2.1. Características do Princípio da Precaução. 2.2. Aplicação do Princípio Da Precaução: Ponderação de Interesses. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMO: A preocupação ambiental está no centro das considerações de governos, grupos sociais, famílias e indivíduos. A criatividade humana para fazer avançar o consumo não tem limites e, por vezes, não leva em conta a preservação do ambiente e da vida. A história recente atesta esse fato. Em tal cenário, surge o princípio da precaução como mecanismo de controle de práticas, atividades, métodos que não demonstrem ser inócuos à saúde humana ou do ambiente. Porém, esse princípio vem sendo combatido e, por vezes, negado, apontando-se a paralisação de atividades humanas, podendo ser fonte de desemprego, reforço da miserabilidade, ausência de progresso *etc.* O presente artigo apresenta o princípio da precaução e aponta um caminho para sua aplicação, como forma de garantir a efetividade do próprio direito ambiental.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da Precaução; Precaução; Desenvolvimento Sustentável.

ABSTRACT: *Environmental concern is at the center of considerations of governments, social groups, families and individuals. Human creativity to have consumption advanced has no limits and sometimes does not take into account the preservation of the environment and life. Recent history attests to this fact. In such a scenario, precautionary principle emerges as a mechanism to control practices, activities, methods that do not prove to be harmless to human or environmental health. However, this principle has been fought and sometimes denied, pointing to stoppage of human activities, and having the possibility to be source of unemployment, strengthener of misery, lack of progress etc.. This article presents the precautionary principle and points a way for its application, in order to ensure the effectiveness of environmental law itself.*

KEYWORDS: *Precautionary Principle; Caution; Sustainable Development*

INTRODUÇÃO

¹ Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade Metodista de Piracicaba. Professor Assistente da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, é direito de todos. Para garantir tal direito, impõe-se, igualmente, ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo, não só no presente, mas para as gerações futuras.

A legislação prevê que, para assegurar a efetividade desse direito, o Poder Público deve preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, vedando-se qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo público e prévio de impacto ambiental; controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente e proteger a fauna e a flora, vedadas práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Tais providências – à guisa de deveres – se estendem à coletividade e estão previstas no artigo 225 da Constituição da República.

É perceptível que a tutela ambiental *não necessita aguardar a ocorrência do dano para se implementar*. De fato, o ideal é *evitar o prejuízo* ao ambiente. Daí a exigência de *estudo prévio de impacto ambiental* para a obra ou a atividade potencialmente causadora de degradação. Pelo mesmo motivo, deve-se controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem *risco* para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

Para a proteção do ambiente e manutenção de sadia qualidade de vida, basta o risco – conhecido ou não – para justificar medidas de controle.

Para as obras e atividades que, *sabidamente*, provocam dano ambiental, podem ser exigidas medidas de proteção ou abstenção, em alguns casos. A justificativa

disso está no fato de se conhecerem as consequências indesejadas de determinados métodos ou técnicas de produção, substâncias ou produtos. Sabendo-se de seu potencial ofensivo, evita-se ou mitiga-se o dano, *por prevenção*.

Mas *há situações para as quais não se conhecem as consequências*. No entanto, não é possível afirmar, no estágio atual do conhecimento e da ciência, que são inofensivas ao ambiente e à vida. Se, por um lado, não se pode afirmar que são danosas, por outro, de igual modo, não é possível afirmar que não o sejam. Isso basta para justificar a adoção de medidas de proteção e controle, *por precaução*.

É justamente sobre a precaução no direito do ambiente que se propõe a discutir o presente artigo, apresentando o *princípio da precaução* e sua compatibilização com o desenvolvimento.

1. OS PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL

Como todo ramo do direito, o ambiental também tem seus valores essenciais, que devem instruir todo tipo de norma atinente ao assunto.

Os princípios “são mandamentos básicos e fundamentais que sustentam uma ciência, ou seja, são diretrizes que a orientam e fornecem subsídios à aplicação de suas normas”², dando um “sentido lógico, harmônico, racional e coerente”³ a um sistema jurídico. “Conhecer os princípios do Direito é condição essencial para aplicá-lo corretamente.”⁴

Álvaro Luis Valery Mirra⁵ adverte para o fato de que a operação dos princípios ser ainda mais importante nos casos dos sistemas jurídicos que têm suas normas dispersas em inúmeros textos de lei, que são elaborados ao longo dos anos, sem critério preciso, sem método definido, *como acontece com o ambiental*.

² SOUZA, José Fernando Vidal de. **Água: Fator de Desenvolvimento e Limitador de Empreendimento**. São Paulo: Modelo, 2011, p. 382.

³ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 137 *apud* MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Princípios Fundamentais do Direito Ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: RT, Ano I, n. 02, p. 50-66, abr.-jun./1996, p. 51.

⁴ *Idem, ibidem*.

⁵ MIRRA, Álvaro Luis Valery, MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Princípios Fundamentais do Direito Ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: RT, Ano I, n. 02, p. 50-66, abr.-jun./1996, p. 51.

O direito ambiental está, ainda, de certa forma, em construção no país e no mundo. Isso faz com que não haja um consenso na doutrina sobre quais sejam os princípios do direito ambiental. O direito ambiental é de recente formação, quando comparado a outros ramos do direito. Devido a isso, José Afonso da Silva⁶ identifica que ainda não se fez uma teoria do Direito Ambiental.

⁶ “Talvez seja ainda cedo para se discutir sobre sua autonomia e natureza. Pode-se, não obstante isso, dizer que se trata de uma disciplina jurídica de acentuada autonomia, dada a natureza específica de seu objeto – ordenação da qualidade do meio ambiente com vista a uma boa qualidade de vida –, que não se confunde, nem mesmo se assemelha, com o objeto de outros ramos do Direito. Pode-se declarar também que o Direito Ambiental é hoje um ramo do Direito Público, tal é a forte presença do Poder Público no controle da qualidade do meio ambiente, em função da qualidade de vida concebida como uma forma de direito fundamental da pessoa humana (...).” SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 41. O autor parece estar com a razão. Questão básica para qualquer ramo do direito é a relativa a seus princípios, que são mais ou menos uniformes nas respectivas doutrinas. Quando se buscam os princípios do direito ambiental, ressalta o fato de não se encontrar uniformidade entre os estudiosos da matéria. Paulo de Bessa Antunes os considera ainda “maldefinidos”, informando que sobre eles não existe consenso doutrinário e judicial. ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 56. Servem de amostra os seguintes autores e a consideração dos seguintes princípios: Paulo Affonso Leme Machado: princípio do direito à sadia qualidade de vida, princípio do acesso equitativo aos recursos naturais, princípios usuário-pagador e poluidor-pagador, princípio da precaução, princípio da prevenção, princípio da reparação, princípio da informação, princípio da participação, princípio da obrigatoriedade da intervenção do poder público. MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 55-103. José Fernando Vidal de Souza: da igualdade, da sustentabilidade, do poluidor-pagador, da publicidade, da solidariedade, da precaução, da prevenção, da intervenção mínima, da restauração necessária, da educação ambiental, sócio-ambiental da propriedade. SOUZA, José Fernando Vidal de. **Água: Fator de Desenvolvimento e Limitador de Empreendimento**. São Paulo: Modelo, 2011., p. 379-420. Álvaro Luiz Valery Mirra: da supremacia do interesse público na proteção do meio ambiente em relação aos interesses privados, da indisponibilidade do interesse público na proteção do meio ambiente, da intervenção estatal obrigatória na defesa do meio ambiente, da participação popular na proteção do meio ambiente, da garantia do desenvolvimento econômico e social ecologicamente sustentado, da função social e ambiental da propriedade, da avaliação prévia dos impactos ambientais das atividades de qualquer natureza, da prevenção de danos e degradações ambientais, da responsabilização das condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, do respeito à identidade, cultura e interesses das comunidades tradicionais e grupos formadores da sociedade e da cooperação internacional em matéria ambiental. MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Princípios Fundamentais do Direito Ambiental**. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: RT, Ano 1, n. 02, p. 50-66, abr.-jun./1996, p. 54-66. Édis Milaré: do ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana, da natureza pública da proteção ambiental, princípio do controle do poluidor pelo poder público, da consideração da variável ambiental no processo decisório de políticas de desenvolvimento, da participação comunitária, do poluidor-pagador, da prevenção, da função sócio-ambiental da propriedade, do direito ao desenvolvimento sustentável, da cooperação entre os povos. MILARÉ, Édis, *op. cit.*, p. 94-109. Celso Antonio Pacheco Fiorillo: do desenvolvimento sustentável, do poluidor-pagador, da prevenção, da participação, da ubiquidade. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco, *op. cit.*, p. 81-128. Paulo de Bessa Antunes: dignidade da pessoa humana, do desenvolvimento, democrático, da precaução, da prevenção, do equilíbrio, da capacidade de suporte, da responsabilidade e do poluidor-pagador. ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 24-56. Ana Maria Moreira Marchesan, Annelise Monteiro Steigleder e Sílvia Cappelli: do direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado como direito fundamental, da função social da propriedade, da prevenção, da precaução, do poluidor-pagador, do usuário-pagador, do direito do desenvolvimento sustentável, da cooperação internacional, da equidade ou solidariedade intergeracional, da informação, da intervenção estatal obrigatória na defesa do meio ambiente. MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia, *op. cit.*, p. 25-45. Paulo Henrique Abujabra Peixoto e Tathiana de

É verdade, porém, que alguns princípios se repetem em vários doutrinadores, como, por exemplo, os da *participação*, da *precaução*, da *prevenção*, da *dignidade*, da *função sócio-ambiental da propriedade*, do *desenvolvimento sustentável*, do *usuário-pagador* e do *poluidor-pagador*, ainda que algumas vezes haja ligeira diferença nas expressões usadas para designá-los.

De outra banda, há variação de nomenclatura para princípios de mesmo conteúdo ou de conteúdo próximo, como no caso dos princípios da reparação, da responsabilidade e da restauração necessária; da participação e democrático; da intervenção estatal, do controle do poder público, da natureza pública da proteção ambiental, da indisponibilidade do interesse público ambiental; da igualdade, da dignidade, do direito humano e fundamental, do acesso equitativo; do meio ambiente ecologicamente equilibrado e da sadia qualidade de vida; da informação e da publicidade; solidariedade intergeracional e da intervenção mínima; cooperação internacional e cooperação entre povos.

Mas há princípios que representam inovações nesse contexto, como o importantíssimo princípio da educação ambiental⁷, o princípio da ubiquidade⁸, do respeito à identidade, cultura e interesses das comunidades tradicionais e grupos formadores da sociedade e avaliação prévia dos impactos ambientais das atividades de

Haro Sanches Peixoto: do direito humano fundamental, da natureza pública da proteção ambiental, do desenvolvimento sustentável, da participação, da prevenção e da precaução e do poluidor-pagador. PEIXOTO, Paulo Henrique Abujara; PEIXOTO, Tathiana de Haro Sanches. **Direito Ambiental**. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 15-22.

⁷ SOUZA, José Fernando Vidal de. Água: **Fator de Desenvolvimento e Limitador de Empreendimento**. São Paulo: Modelo, 2011, p. 399-400. Por certo que o direito tem suas forças limitadas para trabalhar as questões ambientais. Só a conscientização ambiental a ser inculcada nas gerações em formação será capaz de alterar o quadro de degradação e desrespeito. Aliás, os instrumentos legais têm espaço nas sociedades, justamente, em razão da necessidade de se tratar os problemas ocorridos ou tentar evitá-los. À medida que a sociedade vai avançando e, por si mesma, abandona condutas nocivas, a *lei* deixa de ser necessária. Nesse ponto, é cabível uma associação com a conduta para a erradicação de certas moléstias, que obriga a campanhas de vacinação por longos períodos, deixando de ser imperativa quando da erradicação da doença.

⁸ Fiorillo, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.45. Este princípio vem evidenciar que o objeto de proteção do meio ambiente, localizado no epicentro dos direitos humanos, deve ser levado em consideração toda vez que uma política, atuação, legislação sobre qualquer tema, atividade, obra etc. tiver que ser criada e desenvolvida. Isso porque, na medida em que possui como ponto cardeal de tutela constitucional a vida e a qualidade de vida, tudo que se pretende fazer, criar ou desenvolver deve antes passar por uma consulta ambiental, enfim, para saber se há ou não a possibilidade de que o meio ambiente seja degradado.

qualquer natureza⁹, por exemplo. As enumerações mais singulares que encontramos foram a de Álvaro Luiz Valery Mirra, em artigo dedicado ao tema, publicado em 1996 – já referida anteriormente¹⁰ -, mas que guarda relação com vários dos princípios aqui citados, e a de Toshio Mukai, que apresenta uma classificação dos princípios ambientais, dividindo-os em princípios de direito público, de direito administrativo, constitucionais da ordem econômica e fundamentais do direito ambiental¹¹.

De acordo com Paulo de Bessa Antunes¹², “os princípios jurídicos ambientais devem ser buscados, no caso do ordenamento jurídico brasileiro, em nossa Constituição e nos fundamentos éticos que iluminam as relações entre os seres humanos.”

Embora o assunto seja instigante, não há espaço neste texto para a ampliação da reflexão acerca de uma *principiologia ideal* para o direito do ambiente.

Após essa breve abordagem genérica, trabalharemos, então, o *princípio da precaução*¹³, objeto do trabalho. Acessoriamente¹³, serão referidos outros princípios, de acordo com a necessidade do tratamento do tema.

2. O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

⁹ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Princípios Fundamentais do Direito Ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: RT, Ano 1, n. 02, p. 50-66, abr.-jun./1996, p. 61 e 64-65.

¹⁰ Conforme consta da nota 6, o autor arrola os seguintes princípios no direito ambiental: da supremacia do interesse público na proteção do meio ambiente em relação aos interesses privados, da indisponibilidade do interesse público na proteção do meio ambiente, da intervenção estatal obrigatória na defesa do meio ambiente, da participação popular na proteção do meio ambiente, da garantia do desenvolvimento econômico e social ecologicamente sustentado, da função social e ambiental da propriedade, da avaliação prévia dos impactos ambientais das atividades de qualquer natureza, da prevenção de danos e degradações ambientais, da responsabilização das condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, do respeito à identidade, cultura e interesses das comunidades tradicionais e grupos formadores da sociedade e da cooperação internacional em matéria ambiental. *Idem, ibidem, passim*.

¹¹ Seriam princípios ambientais de direito público: primazia do interesse público, legalidade administrativa, igualdade dos cidadãos, liberdade do cidadão, proporcionalidade dos meios aos fins; princípios ambientais de direito administrativo: indisponibilidade do interesse público, especialidade administrativa, poder-dever do administrador público, finalidade administrativa, impessoalidade, moralidade pública, publicidade; princípios constitucionais da ordem econômica (art. 170), que justificam a intervenção do Estado na economia e a proteção do meio ambiente assim a justificaria, obrigando à ponderação de interesses em conflito; princípios ambientais fundamentais: prevenção, poluidor-pagador ou responsabilização, cooperação. MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental Sistematizado**. 3. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998, p. 26-38.

¹² ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 24.

¹³ A doutrina dá conta de que o princípio da precaução é objeto das mais acirradas polêmicas e debates. Entre outros, ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 31.

Segundo informa José Fernando Vidal de Souza¹⁴, o princípio da precaução teve sua origem em proposição feita na ECO-92, que se converteu no princípio 15 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento:

“Com a finalidade de proteger o meio ambiente, os Estados deverão aplicar amplamente o critério de precaução conforme suas capacidades. Quando houver perigo de dano grave ou irreversível, a falta de certeza científica absoluta não deverá ser utilizada como razão para que seja adiada a adoção de medidas eficazes em função dos custos para impedir a degradação ambiental.”

A razão de ser de tal princípio se explica na própria natureza dessa disciplina jurídica:

“O Direito do Ambiente (...) se define, portanto, em primeiro lugar pelo seu objeto. Mas é um direito tendo uma finalidade, um objetivo: nosso ambiente está ameaçado, o Direito deve poder vir em seu socorro, *imaginando sistemas de prevenção* ou de reparação adaptados a uma melhor defesa contra as agressões da sociedade moderna. Então o Direito do Ambiente mais do que a descrição do Direito existente é um Direito portador de uma mensagem, *um Direito do futuro e da antecipação*, graças ao qual o homem e a natureza encontrarão um relacionamento harmônico e equilibrado.”¹⁵

Ou seja, o direito do ambiente, além de agir presentemente, deve *projetar* suas ações para o futuro, dado o caráter intergeracional dos interesses que visa proteger.

De acordo com Álvaro Luis Valery Mirra¹⁶,

¹⁴ SOUZA, José Fernando Vidal de. **Água: Fator de Desenvolvimento e Limitador de Empreendimento**. São Paulo: Modelo, 2011., p. 389-390. Há divergência na doutrina sobre a origem do princípio. Paulo de Bessa Antunes a situa no direito alemão, na década de 1970, com o início da preocupação da necessidade de avaliação prévia das consequências sobre o meio ambiente de projetos e empreendimentos que estavam em andamento. Ela foi incorporada na lei de proteção a qualidade do ar, em 1974. Na ECO-92, o autor citado vê o seu grande lançamento mundial. ANTUNES, Paulo de Bessa, *op. cit.*, p. 31 e 37.

¹⁵ PRIEUR, Michel. **Droit de l'Environnement**. Paris: Dalloz, 2001 *apud* MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 151. Grifos no original.

¹⁶ MIRRA, Álvaro Luis Valery. **Direito Ambiental: o Princípio da Precaução e sua Aplicação Judicial**. In LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Inovações em Direito Ambiental**. Florianópolis: Boiteux, 2000, p.

“Em termos práticos, o princípio da precaução significa a rejeição da orientação política e da visão empresarial que durante muito tempo prevaleceram, segundo as quais atividades e substâncias potencialmente degradadoras somente deveriam ser proibidas quando houvesse prova científica absoluta de que, de fato, representariam perigo ou apresentariam nocividade para o homem ou para o meio ambiente.”

Houve, assim, a compreensão de que é necessária a *inversão da lógica* antes utilizada: se não houver demonstração científica de que o produto ou a atividade não representam risco, por cautela, devem ser evitadas, já que não é possível antecipar suas consequências e eventuais desdobramentos, com segurança.

“(…) não se pode perder de vista que a certeza científica absoluta não existe, mas é plenamente possível verificar se determinada atividade ou produto desenvolvido pode causar ou não perigo ao meio ambiente e aos seres vivos. O princípio da precaução se apresenta como uma cautela antecipada, um ato de prudência que impede a implantação de atividades poluidoras pelo perigo que podem causar ao meio ambiente e pela falta de conhecimento científico adequado que permita a reparação de eventual dano. (...) tem-se o predomínio da prudência e vigilância sobre a postura condescendente, permissiva, procrastinatória e de tolerância estatal perante as questões ambientais. Adota-se, então, a conduta de estar um passo à frente nas questões ambientais, pois não se pensa tão só no presente, mas se antecipa o futuro, afastando por completo a possibilidade de ocorrência do dano.”¹⁷

É preciso ter em mente que, em várias situações, a norma ambiental deve incidir sobre realidades factuais que se localizam na fronteira da investigação científica e, por isso, nem sempre a ciência pode oferecer ao direito a tranquilidade da certeza. Aquilo que hoje é visto como inócuo, amanhã poderá ser considerado perigoso¹⁸. Ou seja:

61-70, p. 62 *apud* SOUZA, José Fernando Vidal de. **Água: Fator de Desenvolvimento e Limitador de Empreendimento**. São Paulo: Modelo, 2011., p. 391.

¹⁷ SOUZA, José Fernando Vidal de. **Água: Fator de Desenvolvimento e Limitador de Empreendimento**. São Paulo: Modelo, 2011., p. 392.

¹⁸ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011p. 31.

“Sempre que houver perigo de ocorrência de um dano grave ou irreversível, a falta de certeza científica absoluta não deverá ser utilizada como razão para se adiar a adoção de medidas eficazes para impedir a degradação do meio ambiente, sobretudo em função dos custos dessas medidas. Por outras palavras, mesmo que haja controvérsias no plano científico com relação aos efeitos nocivos de uma determinada atividade sobre o meio ambiente, em atenção ao princípio da precaução essa atividade deverá ser evitada *ou rigorosamente controlada*. O motivo para a adoção de um posicionamento dessa natureza é simples: em muitas situações, torna-se verdadeiramente imperativa a cessação de atividades potencialmente degradadoras do meio ambiente, mesmo diante de controvérsias científicas em relação aos seus efeitos nocivos. Isso porque, segundo se entende, nessas hipóteses, *o dia em que se puder ter certeza absoluta dos efeitos prejudiciais das atividades questionadas, os danos por elas provocados no meio ambiente e na saúde e segurança da população terão atingido tamanha amplitude e dimensão que não poderão mais ser revertidos ou reparados* – serão já nessa ocasião irreversíveis.”¹⁹

Assim é que *a incerteza científica milita a favor do ambiente*, carregando-se ao interessado o ônus de provar que as intervenções pretendidas não trarão consequências indesejadas ao meio considerado.²⁰

“O mundo da precaução é um mundo onde há a interrogação, onde os saberes são colocados em questão. No mundo da precaução há uma dupla fonte de incerteza: o perigo ele mesmo considerado e a ausência de conhecimentos científicos sobre o perigo. A precaução visa a gerir a espera da informação. Ela nasce da diferença temporal entre a necessidade imediata da ação e o momento onde nossos conhecimentos científicos vão modificar-se.”²¹

¹⁹MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Princípios Fundamentais do Direito Ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: RT, Ano I, n. 02, p. 50-66, abr.-jun./1996., p. 61-62. Sem grifos no original.

²⁰MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: RT, 2000, p. 103.

²¹Nicolas Treich e Gremaq, Université de Toulouse (France), *Vers une théorie économique de la précaution?* Apud MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 66.

Considerando a origem do princípio no direito alemão da década de 1970, como dito, Paulo de Bessa Antunes²² enuncia que, originalmente, o princípio estabelecia o desenvolvimento de processos que reduzissem significativamente as cargas ambientais, principalmente aquelas originadas por substâncias perigosas, em todos os setores da economia. Outras formulações foram sendo construídas, expandindo-se para o direito internacional e para diversos direitos internos.

O princípio da precaução pode ser conceituado como *a prescrição de abstenção ou da adoção de cautelas especiais na prática de ato ou atividade quando não haja certeza científica de sua inocuidade, para neutralizar o risco ambiental*.

Legislativamente, o princípio da precaução foi inserido no ordenamento nacional por meio de duas convenções internacionais, cada uma à sua maneira, das quais o Brasil é signatário, ratificadas pelo Congresso Nacional: A relativa à Mudança do Clima, assinada em Nova York, em 1992, e a da Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, no mesmo ano, tendo sido ratificadas pelos Decretos Legislativos 1 e 2, respectivamente, ambos datados de 03 de fevereiro de 1994.

Paulo de Bessa Antunes²³ dá notícia de que a comunidade internacional tem oscilado na adoção do *nomen juris* do princípio da precaução, tratando-o também por *abordagem de precaução e consideração de precaução*, ficando o termo princípio para os documentos de força obrigatória.

Para ele, aliás, “a única aplicação *juridicamente legítima* que se pode fazer do princípio da precaução é aquela que leve em consideração as leis existentes no País e que determine a avaliação dos impactos ambientais de uma certa atividade (...).”²⁴

Essa visão pode levar a certa confusão entre os princípios da precaução e da prevenção²⁵, próximos que são.

²² ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 31-32. Paulo Affonso Leme Machado também registra que ele estava presente no direito alemão desde os anos 70. MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 64.

²³ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 38.

²⁴ *Idem, ibidem*, p. 41.

²⁵ O princípio da prevenção é, genericamente, tido como basilar no direito do ambiente, já que os objetivos deste são basicamente preventivos, “sua atenção está voltada para o momento anterior à consumação do dano – o do mero risco. Diante da pouca valia da simples reparação, sempre incerta e, quando possível, onerosa, a prevenção é a melhor, quando não a única solução.” Pelo princípio da prevenção, deve-se priorizar “medidas que evitem o nascimento de atentados ao ambiente, de molde a reduzir ou a eliminar as causas de ações suscetíveis de alterar sua qualidade.” MARCHESAN, Ana Maria

Ambos buscam determinar a abstenção ou imposição de cautelas a determinada prática. Todavia, as motivações são diversas: na precaução, a exigência é feita em razão de não ser possível antecipar os efeitos e desdobramentos do ato ou atividade para o ambiente; na prevenção, o mesmo se dá em razão da constatação de serem nocivos os efeitos já conhecidos.

Vai disto que a *verificação do impacto ambiental* está, em regra, coberto pelo princípio da *prevenção*. Resultando a verificação na constatação de que o empreendimento é lesivo, não é de ser permitido ou permitido com os cuidados que minimizem ou neutralizem a lesividade. Se, no entanto, o resultado da verificação de impacto restar *inconclusivo*, é de se aplicar, aí, sim, a *precaução*.

Em assim sendo, comungamos do posicionamento de Celso Antonio Pacheco Fiorillo²⁶ que dispõe o artigo 225 da Constituição da República na seara do princípio da prevenção e não da precaução²⁷.

Isso não implica, no entanto, na inexistência de um princípio da precaução. E sua existência não implica, necessariamente, na paralisação da atividade humana, pois, hipoteticamente, pode-se admitir que sejam feitas exigências acauteladoras, de caráter preventivo genérico, para se permitir a prática potencialmente arriscada. “Se os perigos são geralmente proibidos, o mesmo não acontece com os riscos. Os riscos não podem ser excluídos, porque sempre permanece a probabilidade de um dano menor. Os riscos podem ser minimizados. Se a legislação proíbe ações perigosas, mas

Moreira; Steigleder; Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. **Direito Ambiental**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. (Série Concursos), p. 29-30. “O princípio da prevenção, ao contrário do princípio da precaução, foi idealizado para identificar as consequências prejudiciais de certas atividades particulares. Seu objetivo não é outro senão representar uma advertência ou reprimenda para evitar que se produzam danos ambientais. Pela prevenção é possível examinar a viabilidade do empreendimento, que, por meio do conhecimento científico, poderá ser admitido mediante correção dos riscos apontados no estudo de impacto ambiental. O princípio da prevenção permite que determinadas atividades possam ser implementadas, mediante a correção do projeto original. Evitam-se assim as consequências prejudiciais, pela imposição de medidas corretivas.” SOUZA, José Fernando Vidal de. **Água: Fator de Desenvolvimento e Limitador de Empreendimento**. São Paulo: Modelo, 2011, p. 395-396. São instrumentos de prevenção o estudo de impacto ambiental, previsto (...) [no] artigo 225, em seu par. 1º, IV da CF, o manejo ecológico, o tombamento, as liminares, as sanções administrativas, etc. PEIXOTO, Paulo Henrique Abujara; PEIXOTO, Tathiana de Haro Sanches. **Direito Ambiental**. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007. (Série Resumo Jurídico), p. 20.

²⁶FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 120.

²⁷ Diferentemente, Paulo de Bessa Antunes entende que as condutas expressas nos incisos do artigo 225 expressam, de modo genérico, a precaução. ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 40.

possibilita a mitigação dos riscos, aplica-se o ‘princípio da precaução’, o qual requer a redução da extensão, da frequência ou da incerteza do dano.”²⁸

2.1. CARACTERÍSTICAS DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Paulo Affonso Leme Machado²⁹ dá importante contribuição à questão do princípio da precaução quando arrola suas *características*: incerteza do dano ambiental, tipologia do risco ou ameaça, obrigatoriedade do controle do risco, custo das medidas de prevenção, implementação imediata das medidas de prevenção, alinhamento com os princípios da administração pública e inversão do ônus da prova.

Importante situar cada uma delas.

A primeira característica citada se aproxima da mencionada inversão da lógica ambiental ante a ausência de certeza científica sobre a não-ofensividade da ação pretendida, de modo que “a dúvida científica, expressa com argumentos razoáveis, não dispensa a prevenção.”³⁰ Nas palavras de Jean-Marc Lavieille, usadas por Paulo Affonso Leme Machado, “o princípio da precaução consiste em dizer que não somente somos responsáveis sobre o que nós sabemos, sobre o que nós deveríamos ter sabido, mas, também, sobre o de que nós deveríamos duvidar.”³¹

A tipologia do risco se refere às qualidades da ameaça percebida ou levantada, que deve ser *séria ou irreversível* ou, ao menos, no caso de ameaça à diversidade biológica, *sensível*: aquela revestida de perceptibilidade, considerável, apreciável. A seriedade do dano é medida por sua importância e gravidade e a irreversibilidade, como é intuitivo, pela impossibilidade de retorno ao estado anterior.³² Então, não é

²⁸ WINTER, Gerd. **European Environmental Law – A Comparative Perspective**. Aldershot: Dartmouth Publishing Co., 1996, p. 41 *apud* MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 64.

²⁹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 74-79.

³⁰ *Idem, ibidem*, p. 74.

³¹ LAVIEILLE, Jean-Marc. **Droit International de l’Environnement**. Paris: Ellipses, 1998 *apud* MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 74.

³² MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 75.

qualquer hipótese fantasiosa que enseja a aplicação de medidas de precaução. É necessário que o risco seja inaceitável, o que enseja uma série de considerações.

A obrigatoriedade do controle do risco é espelhada no princípio da intervenção estatal, também designado pelos termos controle do poder público, natureza pública da proteção ambiental, indisponibilidade do interesse público ambiental. Cabe ao Estado, em primeiro lugar, acompanhar as suas próprias atividades e da iniciativa privada para detectar possíveis riscos ambientais. “A investigação e a ponderação dos riscos é tarefa da Administração.”³³

A característica do controle do risco, a cargo dos órgãos estatais, está diretamente ligada a outra: o alinhamento com os princípios da administração pública. De fato, nos atos da administração não há espaço para arbitrariedades. O ato administrativo é vinculado. Por isso, o controle estatal deve estar em harmonia com os princípios constitucionais do artigo 37: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Assim é que

“contraria a moralidade e a legalidade administrativas o adiamento de medidas de precaução que devem ser tomadas imediatamente. Violam o princípio da publicidade e da impessoalidade administrativas os acordos e/ou licenciamentos em que o cronograma de execução de projetos ou a execução de obras não são apresentados previamente ao público, possibilitando que os setores interessados possam participar do procedimento das decisões. (...) Deixa de buscar eficiência a Administração Pública que, não procurando prever danos para o ser humano e o meio ambiente, omite-se no exigir e no praticar medidas de precaução, ocasionando prejuízos, pelos quais será co-responsável.”³⁴

³³ *Idem, ibidem*, p. 69, com base em julgado alemão citado. Toshio Mukai bem se ocupa dos instrumentos e institutos jurídicos postos a serviço do direito do ambiente, sendo de fácil visualização que, em sua maioria, são de competência e manejo do Estado: poder de polícia, publicidade, obrigatoriedade do estudo de impacto ambiental, zoneamento ambiental, impostos e preços públicos, estabelecimento de padrões ambientais, responsabilidade civil objetiva e solidariedade da administração, criminalização de danos ambientais, controle administrativo preventivo e repressivo, ações judiciais a serem titularizadas pelo Ministério Público e outros agentes estatais, criação de unidades de conservação, fundos para proteção ambiental, planejamento ambiental. MUKAI, Toshio, **Direito Ambiental Sistematizado**. 3. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998, p. 39-119.

³⁴ *Idem, ibidem*, p. 78.

O controle fica a cargo do Estado, por seus diversos órgãos, agentes e meio, sendo manifestação do *poder de polícia*, podendo, inclusive restringir liberdades³⁵. Maior prova disso é que não há dúvida sobre a solidariedade do Estado na responsabilização por danos ambientais. Cabe ao Estado agir positivamente e, ao mesmo tempo, dar oportunidade para que o interesse envolvido seja defendido também pelas associações especializadas ou cidadãos.

Há que se levar em conta, também, o custo das medidas de prevenção, que deve ser ponderado de acordo com a realidade econômica de cada país. Nesse cálculo devem ser considerados a probabilidade, extensão e reversibilidade do eventual dano, bem como os custos de reversão ou recuperação da área afetada, considerando-se os custos ambientais, sociais e econômicos, para contrapô-los aos eventuais prejuízos econômicos e sociais da não concretização do projeto ou atividade, numa análise aproximada da noção de *custo-benefício*. Nesse ponto, Paulo Affonso Leme Machado se respalda em Gerd Winter, citado por Cristiane Derani³⁶:

“A participação do Poder Público não se direcionaria exatamente à identificação e posterior afastamento dos riscos de determinada atividade. À pergunta ‘causaria A um dano?’ seria contraposta a indagação ‘precisamos de A?’. Não é o risco, cuja identificação torna-se escorregadia no campo político e técnico-científico, causado por uma atividade econômica. Porém, o esclarecimento da razão final do que se produz seria o ponto de partida de uma política que tenha em vista o bem-estar de uma comunidade. No questionamento sobre a própria razão de existir de uma determinada atividade colocar-se-ia o início da prática do princípio da precaução.”

Perceba-se que a resposta à indagação proposta implica numa postura isenta e realista, que pode esbarrar na resistência do *estilo de vida contemporâneo*. Fica

³⁵ “O poder de polícia é uma faculdade inerente ao Estado. (...) Essa faculdade constituiu-se no atributo de que é dotado o Estado de limitar, restringir, o uso da propriedade, das liberdades e atividades dos particulares individualmente considerados, em benefício da coletividade.” MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental Sistematizado**. 3. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998, p. 39.

³⁶ DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997 *apud* MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 76.

patente, portanto, que a preservação ambiental, como pressuposto da preservação da própria vida humana na Terra, passa, obrigatoriamente, por *novos paradigmas sociais*, que abandonem o *potencial de consumo como medida de sucesso e status*.

Por outro lado, a avaliação do custo não deve ser feita de maneira simplista e localizada, mas, sim, projetado no tempo, pois, de outro modo, voltamos à situação de manutenção das perversidades. É preciso buscar e, mais que isso, *querer* buscar, alternativas menos onerosas que, certamente, serão encontradas.

Verificada a ameaça de dano, é de ser implementada, *de imediato*, a medida protetiva. Essa outra característica do princípio da precaução, que guarda fidelidade, justamente, com sua razão de ser: o não-adiamento das providências acauteladoras ante a incerteza científica de dano. “O princípio da precaução, para ser aplicado efetivamente, tem que suplantar a pressa, a precipitação, a improvisação, a rapidez insensata e a vontade de resultado imediato. Não é fácil superar esses comportamentos, porque eles estão corroendo a sociedade contemporânea.”³⁷ O fator tempo é elemento fundamental na proteção ambiental. Por isso, o autor recomenda que a necessidade de adiamento de medidas protetivas em acordos administrativos ou com o Ministério Público deve ser exaustivamente provada.³⁸

E, finalmente, a derradeira característica apresentada é a inversão do ônus da prova. De fato, para viabilizar a aplicação correta, caberá ao interessado se desincumbir do ônus de demonstrar que sua pretensão – projeto, obra, método, produto *etc.*- não agride o ambiente. A dúvida vai aproveitar ao meio ambiente e não mais ao interessado. Segundo Sergio Marchisio³⁹, “o princípio da precaução emergiu nos últimos anos como um instrumento de política ambiental baseado na inversão do ônus da prova: para não adotar medida preventiva ou corretiva é necessário demonstrar que certa atividade não danifica seriamente o ambiente e que essa atividade não causa dano irreversível.”

³⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 77.

³⁸ *Idem, ibidem*.

³⁹ MARCHISISO, Sergio. Gli Atti di Rio nel Diritto Internazionale. **Rivista di Diritto Internazionale**. Milão: Giuffrè, n. 3, p. 581-621, 1992 *apud* MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 79.

Compartilhamos o entendimento de José Fernando Vidal de Souza e Álvaro Luis Valery Mirra:

“Assim, o princípio da precaução tem também essa outra relevantíssima consequência na esfera judicial: acarretar a inversão do ônus da prova, impondo ao degradador o encargo de provar, sem sombra de dúvida, que a sua atividade questionada não é efetiva ou potencialmente degradadora da qualidade ambiental. Do contrário, a conclusão será no sentido de considerar caracterizada a degradação ambiental. Nessa matéria, portanto, em termos processuais, pode-se afirmar que elementos indiciários de probabilidade de degradação ambiental amparados cientificamente, devidamente demonstrados e que não sejam contrariados de forma cabal pelo degradador, correspondem a fatos existentes e provados.”

Pela lógica adotada, de outra forma não poderia ser. Nesse pormenor, Celso Antonio Pacheco Fiorillo⁴⁰ entende de modo diverso: o princípio da precaução não deve “ter base apenas em possibilidade teórica de risco de degradação ambiental; deve prevenir e evitar situação que se mostra *efetivamente* apta à causação desse dano.” Notes-se, no entanto, que essa postura seria de ser adotada para a prevenção e não para a precaução, do contrário, estaria mantida a lógica anterior, em que a ausência de certeza científica sobre o dano não poderia ser oposta ao interessado para barrar-lhe ou alterar-lhe a ação. A dúvida - reforce-se - aproveita ao ambiente.

2.2. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO: PONDERAÇÃO DE INTERESSES

Na aplicação do princípio da precaução deve-se buscar sua compatibilização com os princípios da *sustentabilidade e sócio-ambiental da propriedade*. Vejamos.

Com relação ao desenvolvimento sustentável, Álvaro Luis Valery Mirra⁴¹ preceitua:

⁴⁰FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 123. Grifo no original.

⁴¹MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Princípios Fundamentais do Direito Ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: RT, Ano I, n. 02, p. 50-66, abr.-jun./1996, p. 58-59. Grifos no original. Paulo de

“Esse princípio reflete a visão política dominante atualmente em relação à problemática ambiental, consagrada na Conferência das Nações Unidas de 1992, sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (...) e consolidada na expressão *desenvolvimento sustentável*. A idéia básica, segundo se compreende, é a de incluir a proteção do meio ambiente, não como um aspecto isolado, setorial, das políticas públicas, mas como *parte integrante do processo global de desenvolvimento dos países*. Como conseqüência principal de tal orientação tem se precisamente a de situar a defesa do meio ambiente no *mesmo plano*, em importância, de outros valores econômicos e sociais protegidos pela ordem jurídica. Daí é que surge a necessidade de se buscar a conciliação entre diversos valores igualmente relevantes, como o exercício das atividades produtivas e do direito de propriedade; o crescimento econômico; a exploração dos recursos naturais; a garantia do pleno emprego; a preservação e a restauração de ecossistemas e dos processos ecológicos essenciais; a utilização racional dos recursos ambientais; o controle das atividades potencialmente poluidoras e a preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético dos países. Sobreleva observar, neste passo, que no confronto entre esses diversos valores e interesses que deles resultam, não se pode mais relegar a proteção do meio ambiente a questão de importância secundária. Isto é, nem mesmo sob aqueles argumentos tradicionalmente utilizados de que se pretende buscar a satisfação de necessidades de igual relevo, porém mais imediatas, se pode admitir o abandono, ainda que temporário, da proteção do meio ambiente. A opção fundamental da sociedade foi pela preservação do meio ambiente *desde logo*, tendo em vista também as necessidades das gerações futuras. E essa opção deve ser respeitada.”

A noção de *desenvolvimento sustentável* ou de sustentabilidade⁴² reconhece a *armadilha existencial* da sociedade contemporânea: ainda que se eleja a preservação do meio ambiente como valor de fundamental, extrema e essencial relevância, não é possível, de modo abrupto, estancar todos os processos produtivos, porque a

Bessa Antunes, com respaldo em Alexandre Kiss, vê com reservas a responsabilidade das atuais gerações com as gerações futuras. ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 33-34.

⁴² “A palavra sustentabilidade ganhou tamanho espaço nos discursos corporativos que corre o risco de desgaste e banalização por excesso de uso e exposição.” LAVORATO, Marilena Lino de Almeida. Sustentabilidade: o Princípio da Lógica e da Coerência. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU**. Belo Horizonte, ano 9, n. 51, p. 91-94, mai.-jun./2010, p. 91.

sociedade entraria em colapso, precipitando-se o caos generalizado: como as pessoas obteriam os bens de vida a que estão acostumadas e de que necessitam, se não sabem e nem conseguem provê-los todos de modo autossuficiente? A interrupção repentina das atividades produtivas representaria o rompimento súbito com o *modus vivendi* atual, não dando tempo hábil para que alternativas fossem encontradas.

Desse modo é que, ainda que os valores ambientais estejam colocados na linha de prioridade humana, é imperioso compatibilizá-los com a forma de vida da sociedade, para, progressivamente, buscar a alteração do panorama, o que só se dará com um nível de educação eficiente.

“Busca-se a coexistência harmônica entre economia e meio ambiente. Permite-se o desenvolvimento, mas de forma sustentável, planejada, para que os recursos hoje existentes não se esgotem ou tornem-se inócuos. Dessa forma, o princípio do desenvolvimento sustentável tem por *conteúdo* a manutenção das bases vitais da produção e reprodução do homem e de suas atividades, garantindo igualmente uma relação satisfatória entre os homens e destes com o seu ambiente, para que as futuras gerações também tenham oportunidade de desfrutar os mesmos recursos que temos hoje à nossa disposição. (...) A busca e a conquista de um ‘ponto de equilíbrio’ entre o desenvolvimento social, o crescimento econômico e a utilização dos recursos naturais exigem um adequado planejamento territorial que tenha em conta os limites da sustentabilidade. (...) Busca-se, na verdade, a coexistência de ambos sem que a ordem econômica inviabilize um meio ambiente ecologicamente equilibrado e ser que este obste o desenvolvimento econômico. (...) Devemos lembrar que a ideia principal é assegurar existência digna, através de uma vida com qualidade. Com isso, o princípio não objetiva impedir o desenvolvimento econômico. Sabemos que a atividade econômica, na maioria das vezes, representa alguma degradação ambiental. Todavia, o que se procura é minimizá-la, pois pensar de forma contrária significaria dizer que nenhuma indústria que venha a deteriorar o meio ambiente poderá ser instalada, e não é essa a concepção apreendida no texto [Constituição, art. 170]. O correto é que as atividades sejam desenvolvidas lançando-se mão dos instrumentos existentes adequados para a menor degradação possível.”⁴³

⁴³ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 82-83 e 90-91.

Aspecto relevante sobre o assunto nos lembra Paulo de Bessa Antunes⁴⁴:

“Qualquer análise que se faça do estado do meio ambiente no Brasil – e, nisto, nada temos de diferente dos demais países do mundo – demonstrará que os principais problemas ambientais se encontram nas áreas mais pobres e que as grandes vítimas do descontrole ambiental são os mais desafortunados. De fato, há uma relação perversa entre condições ambientais e pobreza. Assim, parece óbvio que a qualidade ambiental somente poderá ser melhorada com mais adequada distribuição de renda entre membros de nossa sociedade.”

A propósito, o autor cita o parágrafo 1º do artigo 1º da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento⁴⁵, da qual o Brasil é signatário, para concluir que “há, evidentemente, uma zona de fricção entre o princípio do desenvolvimento e o chamado *princípio da precaução* (...). Compreender e harmonizar ambos os princípios é essencial para que se possa alcançar um nível ótimo de proteção ambiental.”⁴⁶

O desenvolvimento sustentável, de acordo com a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento⁴⁷, é aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades.

A própria lei nº 6.938/1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente tem como objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, *visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-*

⁴⁴ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 27.

⁴⁵ “O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.” ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento. **Biblioteca Virtual de Direitos Humanos**. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>. Acesso em: 07.01.2012.

⁴⁶ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 28. Grifo no original.

⁴⁷ Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento: *Nosso Futuro Comum*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991, p. 46 *apud* MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: RT, 2000. p.107.

econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana.

Se, por um lado, o princípio da precaução não pode representar a implosão da iniciativa produtiva e a paralisação de investimentos por parte dos governos e da iniciativa privada, por outro, tais aplicações devem ser feitas tendo em mente a nova forma de se ver a propriedade, que não é absoluta.

É fato que o direito à propriedade não só é reconhecido, como é garantido pela Constituição da República, no inciso XXII do artigo 5º. Aperfeiçoando a propriedade, o inciso imediatamente seguinte, determina que toda propriedade deve atender a sua função social. O princípio da função social da propriedade se repete, ainda, no inciso III do artigo 170, parágrafo 2º do artigo 182, 184, parágrafo único do artigo 185 e artigo 186 do texto constitucional.

Em relação à propriedade rural, o legislador constituinte discriminou a situação de cumprimento de sua função social, assim: aproveitamento racional e adequado; utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e *preservação do meio ambiente*; observância das disposições que regulam as relações de trabalho; exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Para a propriedade urbana, também a Constituição explicita o cumprimento de sua função social: quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Importantes tais elucidações, tendo em vista que tanto a propriedade imóvel de caráter rural como a dos prédios urbanos pode trazer danos ao ambiente, como no caso do uso de pesticidas, agrotóxicos ou da polêmica produção de transgênicos, bem assim, a modificação de patrimônios históricos e culturais, por exemplo.

Sobre o modo de cumprimento da função social da propriedade empresarial, no entanto, a Constituição silenciou, embora seja ela uma fatia importante na questão ambiental, tendo em vista que o desrespeito ao ambiente é muito frequente da parte das atividades empresariais, como se sabe.

A propriedade empresarial, vista que é como elemento dinâmico, que tem por finalidade a geração de riquezas, cumpre sua função social “quando a empresa está ativa e nos limites da lei.”⁴⁸

⁴⁸ “Assim, para que a propriedade empresarial cumpra seu papel social, deve preencher dois requisitos básicos e concorrentes. Vejamos. A propriedade empresarial observa sua função social quando, em primeiro lugar, é utilizada segundo a visão do direito empresarial – como *meio*, como *instrumento que frutifica*. Ora, se nos dias atuais, prega-se que a empresa merece ser preservada porque a ela se agregam valores sociais, o empresário deve utilizar seus bens empresariais de modo *ativo* e positivo, efetivamente, *exercendo a atividade*. Bens de produção ou circulação econômica inativos, não cumprem sua função social. Basta que a empresa esteja ativa para que interesses sociais sejam atendidos. Os valores sociais se agregam à atividade empresarial, mesmo que não seja intenção do empresário. São eles: o emprego, o recolhimento de tributos, o avanço tecnológico, o desenvolvimento para o lugar e o entorno onde se instalam iniciativas empresariais e a facilitação do acesso da população a bens e serviços. Mesmo as iniciativas da economia informal acabam cumprindo, ainda que de modo incompleto, a função social da

Os mecanismos de intervenção econômica devem estar integrados no sistema jurídico brasileiro, pois estabelecer mecanismos de controle que respeitem a realidade do mercado, sem dar a ele o poder de um reinado absoluto sobre as necessidades sociais, é a principal função de uma agência reguladora. Os limites ambientais oferecidos pela legislação devem ser considerados como mais uma vertente de necessária intervenção estatal na iniciativa privada.

Desse modo é que, de acordo com os ditames do direito ambiental, toda e qualquer intervenção humana, especialmente, de larga escala, deve responder aos questionamentos levantados pelos princípios da prevenção e da precaução, *buscando-se meios de desenvolvimento e lucro que não impliquem em degradação ambiental*, em esmerada harmonia⁴⁹.

empresa. Partindo-se, então, do pressuposto de que cabe ao titular dos bens empresariais dar-lhes destino ativo, há mais fator, que a isso se adiciona, para o cumprimento da função social da propriedade empresarial: *os limites da lei*. Não basta, então, que o empresário desenvolva sua atividade: é preciso que a prática empresarial se dê de forma a respeitar os direitos dos trabalhadores a seu serviço, dos consumidores, dos concorrentes, sem agredir o meio ambiente, respeitando as posturas urbanísticas e recolhendo os impostos e taxas que lhe couberem.” BRUSCATO, Wilges. **Manual de Direito Empresarial Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 49. Por isso, a autora entende que “os ramos do direito empresarial, civil, trabalhista, consumerista, econômico, administrativo, tributário e ambiental estão intimamente interligados, num equilíbrio nem sempre fácil entre princípios de direito público e direito privado, para o exercício da atividade econômica, que, em seu conjunto, deveria ser capaz de assegurar existência digna a todos e promover a justiça social.” *Idem, ibidem*, p. 47. E: “Não se pode retirar a legitimidade da busca ao lucro. Todavia, na atualidade, ele deverá estar em harmonia com outros interesses externos à empresa, o que atenderá à função social da propriedade no âmbito do direito empresarial, isto é, o direito de empresa deve estar atento ao *interesse público*, ao interesse da coletividade. Num certo sentido, atentar para esses outros interesses – dos trabalhadores, dos consumidores, da comunidade, do meio ambiente *etc.* – resulta, indiretamente, em interesse do próprio empresário. É que permanecerão atuantes as empresas cujos titulares tiverem visão de médio e longo prazo. Atentar para o desenvolvimento da atividade tendo como elemento norteador valores e princípios éticos, funciona como uma realimentação sustentável da economia. (...) O direito empresarial, hoje, portanto, deve ser pensado e operado de modo a refletir suas duas faces: a preservação do interesse empresarial, privado, com finalidade lucrativa, e o alcance de objetivos da República Federativa do Brasil: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, a promoção do bem de todos.” *Idem, ibidem*, p. 39-40 e 42.

⁴⁹ Está em formação uma nova consciência empresarial, pautada pela ética, que, embora incipiente, não se pode desconsiderar, pois tem impulsionado os rumos de atividades econômicas neste início de milênio. Servem de ilustração a respeito da preocupação ética nos negócios: a empresária inglesa Anita Roddick, que expõe sua experiência na obra *Meu Jeito de Fazer Negócios*. Tradução por Sérgio Gonçalves. Rio de Janeiro: Campus, 2002. Tradução de *Business as Unusual* e o movimento mundial denominado *fair trade*, comércio justo, que já se encontra bastante organizado. As principais entidades internacionais atuantes no *Fair Trade* uniformizaram seus conceitos e, por ocasião da Conferência Anual da IFAT (*International Federation of Alternative Trade*) 1, em 2001, o termo Comércio Justo foi definido da seguinte maneira: “Comércio Justo é uma parceria comercial, baseada em diálogo, transparência e respeito, que busca maior equidade no comércio internacional. Ele contribui para o desenvolvimento sustentável por meio de melhores condições de troca e a garantia dos direitos para produtores e trabalhadores marginalizados – principalmente do Sul”. E acrescentaram: “As organizações de Comércio Justo (apoiadas pelos consumidores) estão engajadas ativamente no apoio aos produtores, na conscientização e informação (*awareness raising*) e em campanhas para promover mudanças nas regras e práticas do comércio internacional convencional”. No Brasil, a questão também vem sendo fomentada. O *Sistema Brasileiro de Comércio Justo e Solidário* – SBCJS, formado pelo Fórum de Articulação do Comércio Ético e Solidário - FACES, pela Organização dos Produtores Familiares de Comércio Justo e Solidário - OPFCJS e pelo Fórum Brasileiro de Economia Solidária - FBES, chegou, em maio de 2006, ao seu conceito de comércio justo: “Considera-se Comércio Justo e Solidário o fluxo comercial diferenciado que, a partir do

Aliás, o artigo 1.228 do Código Civil, que reconhece ao proprietário a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha, ressalva que esse direito seja exercido em *consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados*, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.⁵⁰

A responsabilidade ambiental das empresas surge não do fato de que sejam elas publicamente apontadas como as maiores culpadas pela degradação - numa análise própria do senso comum -, mas resulta do fato de que, em primeira instância, sendo fontes de emissão, são, também, detentoras de conhecimento tecnológico, técnico, econômico e científico: “Vem daí a responsabilidade das empresas e dos empresários em investir este saber e esse potencial inovador para a proteção e manutenção do meio ambiente.” Esse o ensinamento valioso de Tyll Necker, citado por Paulo José Leite Farias⁵¹.

“Diante da pouca valia da simples reparação, sempre incerta e, quando possível, excessivamente onerosa, a prevenção é a melhor, quando não a única solução”, diz Édis Milaré⁵², para quem o princípio da precaução está contido no da prevenção.

A crítica que se faz ao princípio da precaução⁵³ se refere aos seus efeitos paralisantes, por representar uma “visão unilateral do risco”, sendo este confundido com o próprio dano, implicando sempre em uma *escolha* a ser feita pela sociedade a respeito dos riscos que deseja correr, não havendo

estabelecimento de relações justas e solidárias entre todos os elos das Redes de Produção, resulte em uma forma de fortalecimento dos Empreendimentos Econômicos e Solidários, rurais e urbanos, que estão em desvantagem ou marginalizados pelo sistema convencional das relações comerciais que privilegiam a grande escala, tendo como características: a. Contribuir para a construção de relações justas e solidárias no mercado. b. Favorecer a co-responsabilidade entre os diversos atores das Redes de Produção e Comercialização. c. Praticar remuneração e preço justos para quem produz e consome. d. Considerar a diversidade étnica e cultural e valorizar o conhecimento e a identidade das comunidades tradicionais nas relações comerciais. e. Fomentar a integração efetiva entre produtor e consumidor, para a construção coletiva e participativa dos mecanismos de controle e fomento para o desenvolvimento local sustentável. f. Promover as práticas de produção, comercialização e consumo que tenham como princípios o fortalecimento da justiça social, a preservação ambiental e a defesa da saúde humana.” SEBRAE. *Pesquisa Mundial em Comércio Justo*. Versão 2007. Série Mercado. 216 p. Disponível em: [http://201.2.114.147/bds/BDS.nsf/0D9F6C222DEF277B8325739100684DDA/\\$File/NT000372D6.pdf](http://201.2.114.147/bds/BDS.nsf/0D9F6C222DEF277B8325739100684DDA/$File/NT000372D6.pdf). Acesso em: 29 jun. 2008. E, ainda: LUCCA, Newton De. **Da Ética Geral à Ética Empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

⁵⁰ O direito brasileiro acatou a recomendação feita por Sérgio Ferraz de utilização da propriedade, segundo padrões de preservação ambiental. FERRAZ, Sérgio, FERRAZ, Sérgio. *Direito Ecológico: Perspectivas e Sugestões*. **Revista da Consultoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Procuradoria Geral do Estado, v. 2, n. 4, p. 43-52, 1972, p. 47. Relembre-se que o Código Florestal de 1965 também já acenou com o exercício do direito de propriedade limitado por interesses maiores, em seu artigo 1º, já citado.

⁵¹ NECKER, Tyll. *A Responsabilidade Ecológica dos Empresários*. In WITTELSBÜRGER, Helmut (Org.). **A Política Ambiental da Alemanha a Caminho da Agenda 21**. Traduções nº 2. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 1992, p. 66-67.

⁵² MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: RT, 2000, p. 102-103.

⁵³ Por todos, ver ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 31-50.

“qualquer previsão legal para uma aplicação genérica do princípio da precaução, sob o argumento de que os superiores interesses da proteção ambiental assim o exigem.”

“De fato, é muito comum que, na ausência de norma específica para o exercício de uma determinada atividade, a administração pública se socorra de uma equivocada interpretação do princípio da precaução para criar obstáculos a tal atividade, violando os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da prevalência dos valores do trabalho e da livre-iniciativa, frustrando os *objetivos fundamentais da República* (...). Juridicamente, o princípio da precaução, como *mero princípio setorial*, não pode se sobrepor, por exemplo, aos princípios da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), dos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa (CF, art. 1º, IV).”⁵⁴

Tanto Paulo de Bessa Antunes⁵⁵, nos termos expostos acima, como Celso Antonio Pacheco Fiorillo⁵⁶ demonstram resistência à aplicação do princípio da precaução, por entenderem, cada um a seu modo, que isso afrontaria princípios e mandamentos constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, a presunção de inocência, o devido processo legal, a legalidade, a não-obtenção de provas por meio ilícito, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia ao desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, a promoção do bem de todos, a promoção e o incentivo ao desenvolvimento científico, à pesquisa e à capacitação tecnológicas e o incentivo ao mercado interno.

Todavia, é preciso ter em mente, antes de tudo, que o princípio da precaução *sintetiza toda a preocupação ambientalista*, como um preceito fundamental⁵⁷, e o seu desrespeito atinge, genericamente, toda a política ambiental⁵⁸, que se tornaria inócua, considerando que os danos ambientais são, na maioria das vezes, irreversíveis e irreparáveis. “O princípio da precaução é atualmente uma referência indispensável em todas as abordagens relativas aos riscos.”⁵⁹

Ora, é evidente que aplicado em grau máximo, o princípio da precaução precipitaria, paradoxalmente, aquilo mesmo que quer evitar: a extinção da vida humana na Terra. É que, como se sabe, a simples existência humana, dadas as características intelectuais do homem, interfere no ambiente, criando artificialidades, que se multiplicam em razão do aumento populacional, de tal forma que, onde existe *gente*, há modificação artificial do meio, o que, via de regra, introduz fatores de desequilíbrio.

⁵⁴ *Idem, ibidem*, p. 41. Grifos no original.

⁵⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 32-36.

⁵⁶ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 117-123.

⁵⁷ Aproveita-se aqui a ideia de Celso Antonio Pacheco Fiorillo, originalmente aplicada ao princípio da prevenção. FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011., p. 117.

⁵⁸ SOUZA, José Fernando Vidal de. **Água: Fator de Desenvolvimento e Limitador de Empreendimento**. São Paulo: Modelo, 2011., p. 392

⁵⁹ PRIEUR, Michel, *op. cit.*, p. 145 *apud* MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 64.

Entender o princípio da precaução de modo absoluto implicaria em exterminar a vida humana a fim de manter o ambiente em estado natural.

“Este princípio não deve ser visto como um entrave para o desenvolvimento ou para as atividades de pesquisa, pois seu objetivo não é outro senão resguardar os legítimos interesses das pessoas e da sociedade como um todo e o seu desrespeito atinge toda a política ambiental.”⁶⁰

Bem assim, o vê Paulo Affonso Leme Machado⁶¹:

“A implementação do princípio da precaução não tem por finalidade imobilizar as atividades humanas. Não se trata da precaução que tudo impede ou que em tudo vê catástrofes ou males. O princípio da precaução visa à durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e à continuidade da natureza existente no planeta.”

Contudo, sendo o homem parte do ambiente e o centro valorativo da proteção ambiental⁶², o bom senso determina que as necessidades imediatas da atualidade sejam atendidas sem implicarem na inviabilidade das gerações futuras, já que se entende que o direito ao meio ambiente sadio é de todos⁶³, inclusive dos ainda não nascidos.

⁶⁰ SOUZA, José Fernando Vidal de. **Água: Fator de Desenvolvimento e Limitador de Empreendimento**. São Paulo: Modelo, 2011., p. 392.

⁶¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 65.

⁶² Na visão antropomórfica do direito do ambiente, reconhecida no princípio nº 1 da Declaração do Rio: “Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza” e pela doutrina, considerando-o um direito humano fundamental, como em SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 58; em ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 17; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 67 e em José Fernando Vidal de Souza: “Obviamente, não se deve ficar preocupado com o fim do planeta terra, pois é uma visão errônea e limitada da problemática ambiental, uma vez que durante milhões de anos a biosfera terrestre sobreviveu sem a presença do homem. O maior risco para a espécie humana está em promover um desenvolvimento que acabe por aniquilar a nossa própria existência.” SOUZA, José Fernando Vidal de. **Água: Fator de Desenvolvimento e Limitador de Empreendimento**. São Paulo: Modelo, 2011, p. 382.

⁶³ Confirmando que a preocupação com a aplicação de restrições ambientais ao empresariado, como limitantes do crescimento econômico, deve ser moderada: “A preservação do meio ambiente é de vital importância – principalmente para as próprias indústrias. Porque, em longo prazo, nossa sociedade industrial só poderá sobreviver, se conseguirmos sobreviver sem cometer danos irreparáveis a nossas bases vitais e produtivas. As empresas não veem a preservação do meio ambiente como uma barreira para seu crescimento, mas como garantia para o prosseguimento de seu desenvolvimento.” NECKER, Tyll, *op. cit.*, p. 67. Lembre-se que o citado autor foi Presidente da Confederação Alemã das Indústrias.

A lição de Toshio Mukai⁶⁴ sobre a *ponderação dos interesses* envolvidos, quando aplica os princípios constitucionais da ordem econômica à preservação ambiental deve ser aproveitada, afinal, como situou Sérgio Ferraz⁶⁵, há quarenta anos, o direito ecológico deve ser visto como uma “conquista do Homem para o Homem, e não contra ele”, de modo a “compor equilibradamente as necessidades do progresso com as da sobrevivência.”

Fundamental a observação de Édis Milaré⁶⁶, quando comenta o princípio da sustentabilidade e que confronta o estilo de vida da sociedade atual a respeito da *necessária revisão na estrutura social e no estilo de vida adotados nas últimas décadas*⁶⁷:

“Em se falando de economia e desenvolvimento, é inseparável o conceito de *produção* de bens e serviços e *consumo* dos mesmos bens e serviços. A *ratio* da produção é o consumo. Da mesma forma, se a produção deve ser sustentável, também o consumo o deve ser. Não se pode produzir o que não se consome (não produzir desperdício nem criar necessidades de artificiais de consumo), não se pode consumir o que não se produz (acrescentaríamos: adequadamente ou sustentavelmente). A propósito, já antes da Conferência de Estocolmo se trabalhava sobre a problemática de um novo tipo de civilização que servisse de alternativa à chamada ‘civilização do consumo’. A *Agenda 21* reclama, como indispensáveis ao novo tipo de desenvolvimento, os ‘padrões de consumo sustentáveis’, sem o que não se atenderá nem à erradicação da miséria, nem às condições necessárias ao ecossistema planetário, nem ao direito das gerações futuras.”

⁶⁴ MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental Sistematizado**. 3. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998 p. 27-34. Importante, também, a abordagem de Paulo José Leite Farias sobre “o princípio da defesa do meio ambiente como mecanismo conformador da Ordem Econômica”. FARIAS, Paulo José Leite. **Competência Federativa e Proteção Ambiental**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 259-282.

⁶⁵ FERRAZ, Sérgio. Direito Ecológico: Perspectivas e Sugestões. **Revista da Consultoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Procuradoria Geral do Estado, v. 2, n. 4, p. 43-52, 1972, p. 43, p. 43 e 44.

⁶⁶ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: RT, 2000., p. 108.

⁶⁷ “O planeta Terra nunca foi habitado por predadores tão destruidores como os humanos.” STRINGUINI, Milos Augusto. A metáfora Ambiental: o Agir Humano Atual e o Meio Ambiente. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU**. Belo Horizonte, ano 9, n. 51, p. 95-99, mai.-jun./2010, p. 95.

A preservação é ato que vai além da simples e óbvia necessidade de perpetuar a existência humana sobre um mundo de recursos imensos, porém finitos. Ela requer uma *necessária revisão na estrutura social e no estilo de vida adotados nas últimas décadas*, nos termos do Princípio nº 8 da Declaração do Rio: “Para alcançar o desenvolvimento sustentável e uma melhor qualidade de vida para todas as pessoas, os Estados devem reduzir e eliminar os sistemas de produção e consumo não-sustentados e fomentar políticas demográficas apropriadas.”

Portanto, mesmo o consumo responsável exige estratégias de médio e longo prazo, das quais a mais relevante é a educação para o consumo, o que se opõe aos mecanismos introduzidos por Victor Lebow, para a recuperação econômica norte-americana, depois da Segunda Guerra Mundial ⁶⁸, que se alastrou para quase todo o planeta, baseada na produção massiva de bens de consumo. *É inevitável uma desconstrução progressiva desse modelo.*

⁶⁸ THE STORY OF STUFF. Direção: Louis Fox. Produção: Erica Priggen. Intérprete: Annie Leonard. Roteiro: Annie Leonard. Estados Unidos, 2008 (21:17 min.). Tides Foundation. Free Range Studios. Color. Disponível em: <http://www.storyofstuff.org/movies-all/story-of-stuff/>. A ideia foi sintetizada por Victor Lebow, economista e analista de vendas, citado por Annie Leonard: “*Our enormously productive economy demands that we make consumption our way of life, that we convert the buying and use of goods into rituals, that we seek our spiritual satisfactions, our ego satisfactions, in consumption. The measure of social status, of social acceptance, of prestige, is now to be found in our consumptive patterns. The very meaning and significance of our lives today expressed in consumptive terms. The greater the pressures upon the individual to conform to safe and accepted social standards, the more does he tend to express his aspirations and his individuality in terms of what he wears, drives, eats- his home, his car, his pattern of food serving, his hobbies. These commodities and services must be offered to the consumer with a special urgency. We require not only ‘forced draft’ consumption, but ‘expensive’ consumption as well. We need things consumed, burned up, worn out, replaced, and discarded at an ever increasing pace. We need to have people eat, drink, dress, ride, live, with ever more complicated and, therefore, constantly more expensive consumption. The home power tools and the whole ‘do-it-yourself’ movement are excellent examples of ‘expensive’ consumption.*” “Nossa economia enormemente produtiva exige que façamos do consumo nosso modo de vida, que convertamos a compra e uso de bens em rituais, que busquemos nossa satisfação espiritual, e satisfações do nosso ego, no consumo. A medida de *status* social, de aceitação social, de prestígio, está agora a ser encontrado nos nossos padrões de consumo. O próprio sentido e significado de nossas vidas hoje se expressa em termos de consumo. Quanto maior a pressão sobre o indivíduo para estar em conformidade com padrões sociais seguros e aceitos, mais ele tende a expressar suas aspirações e sua individualidade em termos do que ele veste, dirige, come - sua casa, seu carro, seu padrão de servir comida, seus *hobbies*. Essas mercadorias e serviços devem ser oferecidos ao consumidor com uma urgência especial. Exigimos não só o consumo de ‘descartáveis’, mas o consumo ‘caro’ também. Precisamos de coisas consumidas, queimadas, desgastadas, substituídas e descartadas em um ritmo cada vez maior. Precisamos ter pessoas comendo, bebendo, vestindo, andando, vivendo, com um consumo cada vez mais complicado e, portanto, constantemente mais caro. Os utensílios domésticos e todo o movimento ‘Faça você mesmo’ são excelentes exemplos de consumo ‘caro’.” LEBOW, Victor. Price Competition in 1955. **Journal of Retailing**, Spring 1955. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/965920/LebowArticle>. Acesso em: 03.01.2012.

É necessária uma mudança de paradigmas tanto no consumo, quanto na produção.

“Com base no conhecimento científico de que hoje dispomos, é possível afirmar – com certa clarividência – que o homem não explora de forma racional as riquezas naturais: produz-se petróleo mediante o descarte de gás carbônico (...), produzem-se alimentos em escala proporcional ao aumento populacional, com a incessante derrubada de floresta para a criação extensiva de gado (...). enfim, os métodos produtivos (...) são extremamente prejudiciais à qualidade de vida do próprio homem e das formas de vida que tornam possível a sustentabilidade do planeta.”⁶⁹

É preciso encontrar-se novas formas, mais sintonizadas com a preservação ambiental, de produzir aquilo que a humanidade necessita e quer.

O desejo do consumo parece estar na estrutura genética dos homens⁷⁰. E esse consumo, no qual tem se baseado a vida em sociedade, é feito de modo despreocupado: as pessoas não adotam critérios de sustentabilidade no momento da compra⁷¹.

A mudança progressiva da qual necessitamos é complexa, envolvendo diversos fatores, sociais, econômicos e culturais, projetando-se no tempo.

Enquanto a realidade não se altera naturalmente, a adoção do princípio da precaução se mostra relevante, especialmente, para evitar situações deletérias já vividas no país e que trouxeram graves consequências para a saúde das pessoas e do meio ambiente, tais como a utilização do DDT (dicloro-difenil-tricloroetano) nas

⁶⁹ PACHECO, Cristiano de Souza Lima. O Dano Ambiental Potencial. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU**. Belo Horizonte, ano 9, n. 49, p. 28-33, jan.-fev./2010, p. 28.

⁷⁰ Milos Augusto Stringuini defende que o desejo desenfreado de consumo é oriundo de uma constante insatisfação psíquica do ser humano, que cria metáforas – do descarte e de máquina, juntamente com o mito da salvação – na vida cotidiana, frutos de um comportamento hedonista extremado, estimulando a prática das compensações emocionais por meio do consumo. STRINGUINI, Milos Augusto. A metáfora Ambiental: o Agir Humano Atual e o Meio Ambiente. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU**. Belo Horizonte, ano 9, n. 51, p. 95-99, mai.-jun./2010, *passim*.

⁷¹ Enquete realizada com mil visitantes de uma feira sobre práticas de sustentabilidade, em setembro de 2009, em São Paulo, cujo perfil era de público adulto jovem com nível de escolarização superior e pós-graduação, revelou que cinquenta por cento dos participantes afirmaram que somente às vezes adotam o critério da sustentabilidade na hora da compra; dez por cento afirmaram que nunca adotam tal critério. LAVORATO, Marilena Lino de Almeida. Sustentabilidade: O Princípio da Lógica e da Coerência. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU**. Belo Horizonte, ano 9, n. 51, p. 91-94, mai.-jun./2010, p. 91-92.

culturas agrícolas para o combate de pragas⁷² e da talidomida (C₁₃H₁₀N₂O₄) como medicamento sedativo, anti-inflamatório e hipnótico, além do uso do CFC (clorofluorcarboneto, clorofluorcarboneto ou clorofluorcarbono) em aerossóis e gases para refrigeração, exemplos lembrados por José Fernando Vidal de Souza⁷³.

Os obstáculos criados pela administração, tanto em razão do princípio da prevenção quanto da precaução, têm servido para *induzir as empresas a investir na pesquisa de modos inovadores de atuação*. A aplicação conforme sugerida pelos autores acima citados, ou seja, condicionando-se ao ordenamento posto, teria o efeito de perpetuação das perversidades ambientais e sociais. As empresas deixariam de usar o seu potencial tecnológico, científico, econômico, conforme observado por Tyll Necker, já citado⁷⁴, de modo a obter processos e produtos cada vez menos ofensivos ao ambiente. A superação técnica é indispensável para o que o autor denomina de *processo de reorientação ambiental*:

“(...) os perigos reais para o nosso meio ambiente, provenientes do rápido crescimento da população mundial, nós não os solucionaremos sem o emprego da técnica e do crescimento econômico. Ao perigo resultante da derrubada de florestas tropicais, que ocorre principalmente para satisfação das necessidades vitais, como alimentação e calor, nós só conseguimos responder objetivamente, quando empregarmos a indústria e a técnica de maneira clara e objetiva, para conseguirmos manusear melhor o nosso meio ambiente. As inovações e investimentos que tendam a poupar os recursos naturais são de fundamental importância. Quanto mais

⁷² Paulo de Bessa Antunes afirma, no entanto, que a suspensão do uso do DDT a partir da publicação de *Silent Spring* de Rachel Carson causou danos muito maiores relacionados à malária: “Segundo Roberts, o reaparecimento da malária na América do Sul deve-se ao fato de os países terem deixado de utilizar DDT nos programas de controle. (...) Alguns malariologistas argumentam que (...) em vários países o uso de inseticidas organoclorados é o único meio economicamente viável de controle (...). Seus escassos orçamentos para as campanhas de saúde não possibilitariam substituir satisfatoriamente os inseticidas organoclorados, tendo em vista os preços mais elevados de possíveis alternativas.” ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 33. Contudo, embora esse tipo de questionamento seja válido e necessário, conformar-se com constatações como essa parece insatisfatório, pois perpetua uma situação indesejável e indigna.

⁷³ SOUZA, José Fernando Vidal de. **Água: Fator de Desenvolvimento e Limitador de Empreendimento**. São Paulo: Modelo, 2011., p. 390-393.

⁷⁴ NECKER, Tyll. A Responsabilidade Ecológica dos Empresários. In WITTELSBÜRGER, Helmut (Org.). **A Política Ambiental da Alemanha a Caminho da Agenda 21**. Traduções nº 2. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 1992, p. 66-67.

produtiva e inovadora for uma economia, com tanto mais meios ela poderá contar para a preservação de sua base existencial.”⁷⁵

A necessidade obriga. Quando a legislação exige novas condutas, metas são estabelecidas. Graças à proibição de uso do DDT, hoje, o combate à malária se faz com inseticidas não venenosos; em razão das resistências ao uso do CFC, as indústrias se movimentaram para sua substituição por butano ou propano nos aerossóis e por hidrofluorcarbonos (HFC) e os perfluorcarbonos (PFC), em refrigeradores e aparelhos de ar-condicionado, gases que apresentam baixos índices de ODP (Potencial de Destruição do Ozônio) e HGWP (Potencial de Aquecimento Global). Ainda não é o ideal, mas são passos adiante na caminhada⁷⁶.

⁷⁵ *Idem, ibidem*, p. 68. O autor estende sua ideia: “A responsabilidade ecológica do empresário também significa que, ao se fazerem investimentos em novos equipamentos de produção, sejam empregadas tecnologias inovadoras para a preservação do meio ambiente; significa também que se procurem constantemente soluções inteligentes. Isso quer dizer, por exemplo, que devem ser privilegiados os processos de produção que economizem energia e material, ou que permitam a reciclagem de materiais ou uma disposição correta dos detritos industriais. Isso naturalmente também vale na mesma medida para produtos, em cuja fase de criação ou desenvolvimento devem ser colocadas e respondidas convenientemente as questões a respeito de seu uso e aproveitamento e disposições finais, compatíveis com a proteção ambiental. Uma direção de empresa que leva em conta estas questões a tempo, pratica uma defesa ambiental integrada. Ela pode estar segura de que, através disso, não evitará apenas a deterioração ambiental, mas em alguns casos também acabará economizando custos e dando impulsos para o desenvolvimento de tecnologias e produtos inovadores.” *Idem, ibidem*, p. 78.

⁷⁶ A preocupação com a preservação ambiental, em nível mundial, está presente na iniciativa privada, que vem, progressivamente, buscando ajustar suas práticas ambientais a padrões internacionais. “As normas da série ISO 14000 estão sendo desenvolvidas desde 1993 pelo Comitê Técnico (TC) 207 da *International Standardization Organization* (ISO) com o objetivo de fornecer as empresas e demais organizações de todo o mundo uma abordagem comum da gestão ambiental. Em seu conjunto, a série aborda o estabelecimento de Sistemas de Gestão Ambiental (SGA), Auditoria Ambiental, Avaliação de Desempenho Ambiental, Rotulagem Ambiental, Avaliação do Ciclo de Vida e Aspectos Ambientais em Normas e Produtos, além da terminologia utilizada para a compreensão do conjunto das próprias normas. A adoção de normas da série ISO 14000 vem se tornando cada vez mais importante como instrumento de competitividade das empresas, sobretudo no comércio internacional. Empresas que implantam SGAs tendem a apresentar maiores chances de conquistar mercados onde as questões ambientais são ou estão se tornando relevantes, como é o caso da produção de mercadorias através de processos, matérias-primas e insumos cada vez melhores sob o ponto de vista ecológico. Os benefícios que uma empresa pode atingir através da implantação da ISO14000 são: Redução do custo de disposição dos resíduos; melhoria da imagem, da relação com os clientes, além de melhorar o relacionamento com as autoridades regulamentadoras; aumento do acesso aos fundos de investimento; redução do seguro de investimentos; redução dos riscos de responsabilidade de despoluição; redução do custo de energia; habilidade para correção de problemas potenciais antes de causar danos ambientais; demonstração de comportamento ambiental esperado; organizações que são pró-ativas, em oposição as reacionárias podem atingir estratégias e vantagens competitivas sustentáveis através de sistemas de gestão ambiental.” NASCIMENTO, Luis Felipe M.; POLEDNA, Silvia R. Caballero. **O Processo de Implantação da ISO 14000 em Empresas Brasileiras**. Disponível em: http://www.abepro.org.br/biblioteca/ENEGEP2002_TR102_0937.pdf. Acesso em: 06.01.2012.

O Conselho Europeu adotou diretrizes⁷⁷ para que a aplicação do princípio da precaução se dê de modo mais uniforme, considerando o extenso âmbito de sua

⁷⁷ “COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO SOBRE O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO/CAUTELA – RESUMO 1. A questão de quando e como usar o princípio da precaução, tanto dentro da União Europeia quanto internacionalmente, está dando origem a muitos debates, e opiniões divergentes, e por vezes contraditórias. Assim, os tomadores de decisão são constantemente confrontados com o dilema de equilibrar a liberdade e os direitos dos indivíduos, da indústria e das organizações com a necessidade de reduzir o risco de efeitos adversos ao meio ambiente, saúde humana, animal ou vegetal. Portanto, encontrar o equilíbrio correto de modo que ações proporcionais, não-discriminatórias, transparentes e coerentes possam ser tomadas, requer um processo de tomada de decisões estruturado com informações científicas detalhadas e outras informações objetivas. 2. Objetivo quádruplo da comunicação é: delinear a abordagem da Comissão para a utilização do princípio da precaução, estabelecer as orientações da Comissão para aplicá-lo, construir um entendimento comum de como calcular, estimar, gerenciar e comunicar os riscos que a ciência ainda não é capaz de avaliar plenamente, e evitar o recurso indesejado ao princípio da precaução, como uma forma disfarçada de protecionismo. Visa também dar uma contribuição para o debate em curso sobre esta questão, na Comunidade e internacionalmente. 3. O princípio da precaução não é definido no Tratado, o qual o prescreve apenas uma vez - para proteger o meio ambiente. Mas, na prática, o seu âmbito é muito mais amplo e, especificamente, onde a avaliação científica objectiva preliminar indica que existem motivos razoáveis para suspeitar que os efeitos potencialmente perigosos para o meio ambiente, saúde humana, animal ou vegetal podem ser incompatíveis com o elevado nível de protecção escolhido para a Comunidade. A Comissão considera que a Comunidade, como outros membros da OMC, tem o direito de estabelecer o nível de proteção - particularmente da saúde ambiental, humana, animal e vegetal - que julgar cabíveis. Aplicar o princípio da precaução é um princípio essencial da sua política, e as escolhas que ela faz para esse fim continuarão a afetar os pontos de vista que defende internacionalmente, sobre a forma como este princípio deve ser aplicado. 4. O princípio da precaução deve ser considerado dentro de uma abordagem estruturada para a análise de risco que compreende três elementos: avaliação de risco, gestão de riscos, comunicação de risco. O princípio da precaução é particularmente relevante para a gestão de risco. O princípio da precaução, que é essencialmente utilizado pelos tomadores de decisão na gestão de risco, não deve ser confundido com o elemento de cautela que os cientistas aplicam na sua avaliação de dados científicos. O recurso ao princípio da precaução pressupõe que os efeitos potencialmente perigosos decorrentes de um fenômeno, produto ou processo foram identificados, e que a avaliação científica não permite que o risco seja determinado com suficiente segurança. A implementação de uma abordagem baseada no princípio da precaução deve começar com uma avaliação científica, tão completa quanto possível, e sempre que possível, identificando em cada fase o grau de incerteza científica. 5. Os tomadores de decisão precisam estar cientes do grau de incerteza quanto aos resultados da avaliação da informação científica disponível. Julgar o que é um nível "aceitável" de risco para a sociedade é uma responsabilidade eminentemente política. Os tomadores de decisão diante de um risco inaceitável, da incerteza científica e de preocupações públicas têm o dever de encontrar respostas. Portanto, todos esses fatores devem ser levados em consideração. Em alguns casos, a resposta certa pode ser não agir ou pelo menos não introduzir uma medida jurídica vinculativa. Uma vasta gama de iniciativas está disponível no caso de ação, passando de uma medida jurídica vinculativa a um projeto de investigação ou uma recomendação. O procedimento de tomada de decisão deve ser transparente e deve envolver tão cedo quanto possível e na medida do possível todas as partes interessadas. 6. Onde a ação for considerada necessária, as medidas baseadas no princípio da precaução devem ser, *inter alia*: • proporcionais ao nível de proteção escolhido, • não-discriminatórias na sua aplicação, • coerentes com medidas semelhantes já tomadas, • baseadas em um exame dos potenciais benefícios e custos da ação ou falta de ação (incluindo, quando apropriado e viável, uma análise econômica de custo / benefício), • sujeitas a revisão, à luz de novos dados científicos, e • capazes de atribuir a responsabilidade de produzir as provas científicas necessárias para uma avaliação mais exaustiva do risco. Proporcionalidade significa adaptar as medidas ao nível de proteção escolhido. O risco raramente pode ser reduzido a zero, mas avaliações de risco incompletas podem reduzir consideravelmente o leque de opções disponíveis aos gestores de risco. Uma proibição total pode não ser uma resposta proporcional a um risco potencial em todos os casos. No entanto, em certos casos, é a única resposta possível a um dado risco. Não-discriminação significa que situações comparáveis não devem ser tratadas de forma diferente, e que situações diferentes não devem ser tratadas da mesma maneira, a menos

aplicação: qualquer situação em que haja suspeitas de efeitos potencialmente perigosos não só para o meio ambiente, mas, também, para a saúde humana, animal ou vegetal. Além disso, lembra que a proteção da saúde tem precedência sobre as considerações econômicas.

Assim, o princípio da precaução deve ser aplicado considerando-se: a proporcionalidade entre o risco e o nível de proteção escolhido; a não-discriminação na sua aplicação; a coerência com medidas semelhantes já tomadas; base em um exame dos potenciais benefícios e custos da ação ou falta de ação (incluindo, quando apropriado e viável, uma análise econômica de custo/benefício); a revisão, à luz de novos dados científicos, e a capacidade de atribuir a responsabilidade de produzir as provas científicas necessárias para uma avaliação mais exaustiva do risco.

Para a Comunidade Européia, uma proibição total pode não ser uma resposta proporcional a um risco potencial em todos os casos. No entanto, em certos casos, é a única resposta possível a um dado risco.

A ideia de equilíbrio entre as questões da *proteção ambiental* e o *desenvolvimento* está presente também na Agenda 21⁷⁸, capítulo 39, que revela grande preocupação com os países em desenvolvimento.

que haja razões objetivas para o fazer. Coerência significa que as medidas devem ser de âmbito e natureza comparáveis às já tomadas em áreas equivalentes nas quais todos os dados científicos estão disponíveis. Examinar custos e benefícios implica comparar o custo total para a Comunidade da ação e da falta de ação, tanto a curto e quanto a longo prazo. Isto não é simplesmente uma análise de custo-benefício: seu alcance é muito mais amplo e inclui considerações não-econômicas, como a eficácia das opções possíveis e sua aceitabilidade para o público. Na realização de tal exame, convém ter em conta o princípio geral e a jurisprudência do Tribunal de que a proteção da saúde tem precedência sobre as considerações econômicas. Sujeitas a revisão à luz de novos dados científicos, medidas de meios baseadas no princípio da precaução devem ser mantidas enquanto a informação científica for incompleta ou não conclusiva, e o risco ainda seja considerado alto demais para ser imposto à sociedade, em vista do nível escolhido de proteção. Medidas devem ser revistas periodicamente à luz do progresso científico, e alterada quando necessário. Atribuir a responsabilidade de produzir evidência científica é já uma consequência comum destas medidas. Países que impõem uma exigência de aprovação prévia (autorização de comércio) sobre os produtos que consideram perigosos *a priori* invertem o ônus da prova, tratando-os como perigosos a menos que e até que as empresas desenvolvam o trabalho científico necessário para demonstrar que eles são seguros. Onde não há procedimento de autorização prévia, pode ficar por conta do usuário ou das autoridades públicas demonstrarem a natureza de um perigo e o grau de risco de um produto ou processo. Em tais casos, uma medida cautelar específica poderia ser tomada para colocar o ônus da prova sobre o produtor, o fabricante ou importador, mas isso não pode se tornar uma regra geral.” EUROPEAN COMMISSION. Environment. Resources. Legislation. Communication from the Commission on the Precautionary Principle COM (2000)1. Disponível em: http://ec.europa.eu/environment/docum/20001_en.htm. Acesso em: 13.01.2012.

⁷⁸ A Agenda 21 pode ser definida como um instrumento de planejamento para a construção de sociedades sustentáveis, em diferentes bases geográficas, que concilia métodos de proteção ambiental, justiça social e eficiência econômica. 179 países participantes da Rio 92 acordaram e assinaram a Agenda 21 Global, um

CONCLUSÃO

Embora a questão seja polêmica, a adoção do princípio da precaução, como *princípio* que é, não precisa estar condicionada à sua positivação. Ele emerge da essência do próprio direito ambiental. Antes, até: da essência da própria preocupação ambiental.

O fato é que é preciso encontrar-se novas formas, mais sintonizadas com a preservação ambiental, de produzir aquilo que a humanidade necessita e quer, já que o desejo do consumo, como mencionado, parece estar na estrutura genética dos homens. Para o senso comum, o poder de consumo dá a medida do valor da pessoa.

Por isso, talvez, entre outros fatores, o consumo, no qual tem se baseado a vida em sociedade, é feito de modo despreocupado: as pessoas não adotam *critérios de sustentabilidade* no momento da compra.

Percebe-se que a mudança necessária, irremediavelmente, tem caráter progressivo e complexo, envolvendo diversos fatores, sociais, econômicos e culturais, projetando-se no tempo.

Porém, é inegável que os obstáculos criados pela administração pública, tanto em razão do princípio da prevenção quanto da precaução, têm servido para *induzir as empresas a investir na pesquisa de modos inovadores de atuação*.

Sugere-se, que para que a aplicação do princípio da precaução se dê de modo mais uniforme, sejam examinadas e adotadas, no que couberem, as recomendações da Comunidade Européia para esse efeito, já que uma proibição total pode representar uma resposta desproporcional a um risco potencial *em todos os casos*. Mas há certos casos em que essa será a única resposta possível a um dado risco.

programa de ação baseado num documento de 40 capítulos, que constitui a mais abrangente tentativa já realizada de promover, em escala planetária, um novo padrão de desenvolvimento, denominado “desenvolvimento sustentável”. O termo “Agenda 21” foi usado no sentido de intenções, desejo de mudança para esse novo modelo de desenvolvimento para o século XXI. MINISTÉRIO do Meio Ambiente. **Agenda 21 Global**. Secretaria de Articulação Institucional e Cidadania Ambiental. Agenda 21. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/sitio/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=18&idConteudo=575&idMenu=9065>. Acesso em: 10.12.2011.

É certo que nem todas as considerações feitas para se chegar às recomendações citadas são possíveis entre nós, como no caso do entendimento de que a avaliação científica mais completa possível deve ser o *gatilho* para a adoção da cautela. Sabemos todos que a pesquisa científica no Brasil não está estruturada em níveis ideais. Condicionar a adoção de medidas a resultados científicos “mais completos possíveis” seria neutralizar o princípio da precaução. Nesses casos, o recomendável é a utilização de dados científicos estrangeiros e a – também recomendada – inversão do ônus da prova.

Negar aplicação ao princípio da precaução, é *neutralizar os esforços do direito ambiental*. Paralisar indistintamente as atividades humanas, especialmente, as empresariais, é *agravar as perversidades sociais*.

Como sempre, o segredo está no equilíbrio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Agenda 21 Global. Secretaria de Articulação Institucional e Cidadania Ambiental. Agenda 21. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/sitio/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=18&idConteudo=575&idMenu=9065>. Acesso em: 10.12.2011

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental.** 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRUSCATO, Wilges. **Manual de Direito Empresarial Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2011.

EUROPEAN COMMISSION. Environment. Resources. Legislation. Communication from the Commission on the Precautionary Principle *COM (2000)1*. Disponível em: http://ec.europa.eu/environment/docum/20001_en.htm. Acesso em: 13.01.2012.

FERRAZ, Sérgio. Direito Ecológico: Perspectivas e Sugestões. **Revista da Consultoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.** Porto Alegre: Procuradoria Geral do Estado, v. 2, n. 4, p. 43-52, 1972, p. 43.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LAVORATO, Marilena Lino de Almeida. Sustentabilidade: o Princípio da Lógica e da Coerência. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDUA**. Belo Horizonte, ano 9, n. 51, p. 91-94, mai.-jun./2010.

LEBOW, Victor. *Price Competition in 1955*. **Journal of Retailing**, Spring 1955. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/965920/LebowArticle>. Acesso em: 03.01.2012.

LUCCA, Newton De. **Da Ética Geral à Ética Empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; Steigleder; Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. **Direito Ambiental**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. (Série Concursos).

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**. São Paulo: RT, 2000.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Princípios Fundamentais do Direito Ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: RT, Ano I, n. 02, p. 50-66, abr.-jun./1996.

MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental Sistematizado**. 3. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998.

NASCIMENTO, Luis Felipe M.; POLEDNA, Silvia R. Caballero. **O Processo de Implantação da ISO 14000 em Empresas Brasileiras**. Disponível em: http://www.abepro.org.br/biblioteca/ENEGEP2002_TR102_0937.pdf. Acesso em: 06.01.2012.

NECKER, Tyll. A Responsabilidade Ecológica dos Empresários. In WITTELSBÜRGER, Helmut (Org.). **A Política Ambiental da Alemanha a Caminho da Agenda 21**. Traduções nº 2. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 1992.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento. **Biblioteca Virtual de Direitos Humanos**. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>. Acesso em: 07.01.2012.

PACHECO, Cristiano de Souza Lima. O Dano Ambiental Potencial. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDUA**. Belo Horizonte, ano 9, n. 49, p. 28-33, jan.-fev./2010.

PEIXOTO, Paulo Henrique Abujara; PEIXOTO, Tathiana de Haro Sanches. **Direito Ambiental**. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007. (Série Resumo Jurídico).

SEBRAE. *Pesquisa Mundial em Comércio Justo*. Versão 2007. Série Mercado. 216 p. Disponível em:

[http://201.2.114.147/bds/BDS.nsf/0D9F6C222DEF277B8325739100684DDA/\\$File/NT000372D6.pdf](http://201.2.114.147/bds/BDS.nsf/0D9F6C222DEF277B8325739100684DDA/$File/NT000372D6.pdf). Acesso em: 29 jun. 2008.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STRINGUINI, Milos Augusto. A metáfora Ambiental: o Agir Humano Atual e o Meio Ambiente. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU**. Belo Horizonte, ano 9, n. 51, p. 95-99, mai.-jun./2010.

SOUZA, José Fernando Vidal de. Água: **Fator de Desenvolvimento e Limitador de Empreendimento**. São Paulo: Modelo, 2011.

THE STORY OF STUFF. Direção: Louis Fox. Produção: Erica Priggen. Intérprete: Annie Leonard. Roteiro: Annie Leonard. Estados Unidos, 2008 (21:17 min.). Tides Foundation. Free Range Studios. Color. Disponível em: <http://www.storyofstuff.org/movies-all/story-of-stuff/>

WITTELSBÜRGER, Helmut (Org.). **A Política Ambiental da Alemanha a Caminho da Agenda 21**. Traduções nº 2. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 1992,

Caracterização da população atendida em Serviço de Enfrentamento à Violência, ao Abuso e a Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes

Gabriel Bartolomeu¹, Jozielma dos Santos Ribeiro¹, Sandra Alvarenga Reis², Roberta Alvarenga Reis³

RESUMO: Objetivos: caracterizar as crianças e os adolescentes (0 a 18 anos incompletos) vitimizados por abuso sexual. Metodologia: Pesquisa quantitativa tipo documental. População: 52 registros de ocorrências de abuso sexual cometidas contra crianças e adolescentes atendidos pelo Serviço de Enfrentamento à Violência, ao Abuso e a Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes, em Poços de Caldas, MG. Período da coleta: Fevereiro de 2007 a Julho de 2008. Os dados foram tratados estaticamente. Resultados: Frequentemente o abuso sexual é perpetrado contra crianças ou adolescentes do sexo feminino, na faixa etária de seis a 14 anos, com ensino fundamental incompleto, de famílias com renda de um salário mínimo ou menos, ocorrendo no contexto intra e extrafamiliar, cometido, principalmente, pelo pai, padrasto e/ou vizinho, não sendo na maioria dos casos responsabilizados. Conclusão: Evidencia-se a relevância de investigações acerca da configuração social vigente, das motivações do vitimizador e do funcionamento da rede pública.

Palavras-chave: Abuso sexual infantil, Maus-tratos sexuais infantis, Notificação de abuso, Violação de Direitos Humanos.

ABSTRACT: Purpose: characterize children and adolescents (0-18 years incomplete) victimized by sexual abuse. Methodology: documentary quantitative research. Population: 52 sexual abuse commitment incident record against children and adolescents attended by Service for Combating Violence, Abuse and Sexual Exploitation of Children and Adolescents, in Poços de Caldas, MG. Collection period: February 2007 to July 2008. The data were treated statistically. Results: often the abuse is perpetrated against children and adolescents, female sex, aged 06 to 14 years old, with incomplete elementary school, family income of a minimum wage or less, occurring intra and extra-familiar context, committed mainly by the father, stepfather and/or neighbor, not being blamed in most of cases. Conclusion: this study highlights the relevance of the investigation about the current social setting, the motivations of the victimizer and how is the public network operation.

Key-words: sexual abuse, sexual crime against children; Adolescents - sexual crime.

RESUMEN: Objetivos: Caracterizar los niños y adolescentes (0 a 18 años de edad) víctimas de abuso sexual. Metodología: Documental de tipo

¹ Psicólogos, graduados pela Pontifícia Universidade Católica, ² Professora adjunta da Pontifícia Universidade Católica, ³ Professora Adjunta da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

cuantitativo. Población: 52 registros de incidentes de abusos sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes por la Oficina de Lucha contra la Violencia, Abuso y la Explotación Sexual de Niños y Adolescentes en Pocos de Caldas, MG. Período de cobro: febrero 2007 a julio 2008. Los datos fueron tratados estadísticamente. Resultados: A menudo el abuso se comete contra los niños o adolescentes, con edades comprendidas entre seis y 14 años, con educación básica, el ingreso familiar de un salario mínimo o menos, que ocurre en el contexto intra y extra-familiar, practicado principalmente por su padre, el padrastro y / o vecino, no se culpa en la mayoría de los casos. Conclusión: Este estudio pone de manifiesto la relevancia de la investigación acerca de la configuración social actual, las motivaciones de los victimarios y el funcionamiento del setor público.

Palabras clave: abuso sexual, delito sexual contra un niño; Adolescentes - la delincuencia sexual.

Financiamento: Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PROBIC/PUC Minas).

INTRODUÇÃO

Em estudo realizado pela Organização das Nações Unidas (2006) consta que a violência contra crianças existe em todo o mundo, todas as culturas e classes sociais, abrangendo aqueles em qualquer nível educacional e de qualquer etnia. Contrariando os direitos humanos, bem como o desenvolvimento adequado das crianças, é consentida socialmente, sendo, muitas vezes, legalmente autorizada e apoiada pelo Estado. A violência contra a criança ainda é frequentemente silenciada, inclusive por medo e por falta de acesso a órgão competente para denúncia, o que também contribui para a insuficiência de dados estatísticos sobre o problema. Carvalho (2006) afirma que as fontes oficiais são pouco fidedignas em relação aos crimes sexuais, fornecendo um quadro restrito da problemática.

Ainda, a Organização das Nações Unidas (2006) revela que, na maioria dos casos, as ações de combate a violência cometida contra crianças enfatizam os sintomas e suas consequências, ignorando as causas. As estratégias governamentais se mostram fragmentadas e de baixa resolutividade, frequentemente pela escassez de recursos

financeiros. Aliado a isso, é comum não serem desenvolvidas medidas no plano nacional a partir dos compromissos que são estabelecidos internacionalmente.

No Brasil, a Lei Federal 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispôs sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente – o ECA (BRASIL, 1990), veio suprir a necessidade legislativa de proteção dos direitos desta parcela da população, com inovações no sentido de amparo integral. Nesse contexto, crianças e adolescentes passaram a ser considerados juridicamente sujeitos de direitos, deixando de ser vistos como menores incapazes, objetos de tutela, de obediência e de submissão.

De acordo com tal Estatuto, a partir da Lei nº 8069/90, parágrafo 2º do artigo 2, considera-se criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. O mesmo instituto garante, em seu artigo 5, que nenhuma criança ou adolescente deverá ser objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1990).

Embora, ainda que as crianças e adolescentes estejam protegidos por lei, na realidade da vida cotidiana não é o que acontece. Continuam a ser submetidos à violência, sendo o abuso sexual uma das formas frequentes.

Segundo a ABRAPIA (1997), o abuso sexual se configura como o ato baseado em uma relação de poder, no qual um adulto ou adolescente mais velho busca uma gratificação sexual através de carícias e manipulação dos genitais. Sendo que, de acordo com Faleiros (1998), o abuso não ocorre somente mediante o uso da força, mas através de sedução, persuasão e uso do imaginário, fazendo com que a criança vitimizada pareça uma preferida. O abusador, nas situações de abuso intra ou extra familiar, na maioria das vezes, faz parte do círculo de interação social diário da criança ou adolescente. A relação de proteção que deveria estar estabelecida entre adulto e criança ou adolescente transforma-se em uma relação de violência, na qual o vitimizador se torna, também, um violador de direitos. E esse indivíduo, segundo Pfeiffer (2005), exige o silêncio da criança ou adolescente vitimizado. Ademais, a vitimização sexual ocorre em todas as classes sociais (FALEIROS 2001).

Estudos da Organização Mundial de Saúde (OMS) (2003) apontam para o sexo feminino como fator de risco para a vitimização sexual. Essa situação é apontada por Martins (2006) como podendo estar relacionada a uma configuração social de caráter

machista e consumista. Tal vitimização, segundo Faleiros (1998), perpetrada por familiares ou próximos da família, envolve a questão da violência sexual em uma rede complexa, na qual os membros constroem uma trama de segredos em torno da violência, ocultando o ocorrido.

Diante de tal conjuntura foram instituídos órgãos responsáveis pela proteção das crianças e adolescentes a partir das propostas do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). O ECA, no artigo 131, diz que “o Conselho Tutelar é órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente” (BRASIL, 1990).

Outro órgão, o Serviço de Enfrentamento à Violência, ao Abuso e a Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes (antigo Programa Sentinela), foi instituído pelo Governo Federal em 2001, buscando o cumprimento de metas que foram estabelecidas pelo Plano Nacional de Enfrentamento à Violência Sexual Infanto-Juvenil, aprovado pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, e as deliberações da Política da Assistência Social, na sua linha de atendimento, segundo o Art. 86 do ECA (BRASIL, 2002).

O Serviço objetiva oferecer um atendimento psicossocial e jurídico de proteção às crianças e aos adolescentes vítimas de violência sexual, aos seus familiares e, em articulação com a rede local, acompanhamento aos vitimizadores. Pretende também, promover, defender e garantir os direitos constantes no ECA, buscando identificar o fenômeno e riscos decorrentes, prevenir o agravamento da situação, promover a interrupção do ciclo de violência, contribuir para a devida responsabilização dos autores e superação da situação de violação de direitos, visando reparar a violência vivida para, assim, fortalecer os vínculos familiares e comunitários, e potencializar a autonomia e o resgate da dignidade. O Serviço é desenvolvido na esfera do Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS), devendo manter relações estreitas com outros serviços da Proteção Básica e Especial, Políticas Públicas e instituições que abrangem o Sistema de Garantia de Direitos. Além disso, deve promover ações preventivas, visando mapeamento de situações de riscos e/ou

violação de direitos, bem como ações educativas². O CREAS se caracteriza como um serviço especializado e permanente, implantado pelo Município para desenvolver ações sociais de atendimento e proteção imediata às crianças e aos adolescentes vitimizados. E, no que se refere ao Sistema de Garantia de Direitos, constituem-se em retaguarda, especialmente ao Conselho Tutelar, estando na mediação dos serviços que visam a colocação de crianças ou adolescentes em abrigo, famílias e família acolhedora (BARBOSA, PAIM, KOSHIMA e XAVIER, 2010).

Neste sentido, o Conselho Tutelar e o Serviço de Enfrentamento à Violência, ao Abuso e a Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes trabalham juntos no que concerne à proteção dos direitos das crianças e adolescentes prescritos no ECA.

Pesquisa desenvolvida com o intuito de ampliar o conhecimento atual acerca de tal fenômeno e acompanhamento da família e vitimizado aponta para a necessidade de maior efetividade da política de proteção à criança, por meio de campanhas de alerta às mães em relação à escolha do guardador de suas filhas (Monteiro e outros, 2008). Por outro lado, Baptista e outros (2008) propõem a educação continuada como forma de apoio para a família e também para o vitimizado por abuso sexual. Esse apoio é necessário, já que, em função da necessidade de elaboração da violência sofrida e da busca de respostas pelo fato acontecido, o abusado pode se tornar, também, um vitimizador (AZEVEDO, 2001).

Nesse contexto, em face da problemática que se configura como abuso sexual de crianças e adolescentes na sociedade contemporânea é que este estudo se mostra relevante. Para tanto, objetivou-se aqui caracterizar as crianças e adolescentes vitimizados por abuso sexual atendidos no Serviço de Enfrentamento à Violência, ao Abuso e a Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes, analisar a ocorrência de abuso sexual, traçar o perfil das crianças e adolescentes vitimizados por abuso sexual atendidos no serviço, identificar os tipos e número de atendimentos oferecidos aos

² Disponível em <<http://www.mds.gov.br/programas/redesuas/protacao-social-especial/programa-sentinela-protacao-social-as-criancas-adolescentes-vitimas-de-violencia/programa-sentinela-protacao-social-as-criancas-adolescentes-vitimas-de-violencia/html2pdf>> Acesso em: 12 maio 2010. Responsável pelo programa: Maura Luciane C. Souza, Coordenadora Geral de Acompanhamento das Ações do Departamento de Proteção Social Especial.

vitimizados, a composição familiar, caracterizar os principais abusadores e o contexto da ocorrência de abuso sexual, no ambiente intra e extra familiar. Ainda, identificar se o vitimizador foi responsabilizado pela vitimização e qual entidade encaminhou a notificação de abuso sexual.

MÉTODO

Esta pesquisa caracteriza-se como quantitativa, descritiva e transversal, do tipo documental, visando examinar material que ainda não recebeu tratamento analítico. Tal tipo de pesquisa oferece uma base útil para se fazer estudos qualitativos, possibilitando que o pesquisador dirija a investigação por diferentes perspectivas (NEVES, 1996). O local de coleta dos dados foi o Serviço de Enfrentamento à Violência, ao Abuso e a Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes, em Poços de Caldas, Minas Gerais, implantado na cidade no mês de julho de 2006.

A amostra foi composta por 52 registros de ocorrências de abuso sexual cometidas contra crianças e adolescentes atendidos pelo Serviço de Enfrentamento à Violência, ao Abuso e a Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes ocorridas no período de Fevereiro de 2007 a Julho de 2008.

Esta população constituiu a amostra do estudo por atender aos critérios de inclusão: ser registro de criança ou adolescente que estivesse na faixa etária entre zero e 18 anos de idade, conter notificação de abuso sexual e que tal notificação fosse do período selecionado para o estudo. As variáveis estudadas foram: faixa etária, sexo, escolaridade, composição familiar, renda familiar, tipo de atendimento, número de atendimentos, ocorrência de abuso sexual intra e extra familiar, vínculo do vitimizador com o vitimizado, responsabilização do vitimizador e entidade que encaminhou a notificação.

A coleta de dados foi feita por meio de um formulário eletrônico padronizado, tomando por base a série anual 2007 e 2008. Este instrumento foi preenchido com as informações contidas nos registros de crianças e adolescentes arquivados no Serviço de Enfrentamento à Violência, ao Abuso e a Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes.

Os dados foram digitados em um banco de dados eletrônico, a seguir tabulados e analisados com o auxílio do programa *Microsoft Office Excel 2003*. Os resultados foram apresentados em gráficos e tabelas.

RESULTADOS

No período selecionado para o estudo, dos 52 casos de abuso sexual contra crianças e adolescentes na faixa etária de três a 16 anos, notificados pelo Serviço de Enfrentamento à Violência, ao Abuso e Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes, verificou-se que 27 (52%) foram registrados durante os meses de Fevereiro a Dezembro do ano de 2007 e 25 (48%) dos meses de Janeiro a Julho do ano de 2008. Nos meses de Fevereiro a Julho do ano de 2007 e Fevereiro a Julho do ano de 2008 foram registrados o total de 31 casos de abuso sexual, sendo que 11 (35%) foram registrados no primeiro período e 20 (65%) no segundo, o que representa um aumento de 30% no número de notificações comparando os dois períodos.

Os resultados a seguir, apresentados em gráficos e tabelas, possibilitam caracterizar as crianças e adolescentes vitimizados pelo abuso sexual no período de Fevereiro de 2007 a Julho de 2008, em Poços de Caldas, Minas Gerais.

Como se pode observar no Gráfico 1, as faixas etárias em que se verificou um maior número de registros de abuso sexual correspondem de seis a 14 anos (73%). Em relação ao total de notificações (N=52), as crianças e adolescentes com oito e nove anos são os mais vitimizados (27%).

O resultados mostrados no Gráfico 2 mostram que o número de crianças ou adolescentes do sexo feminino vitimizados por abuso sexual é maior (61,5%) que o de meninos (38,5%).

A Tabela 1 revela que a maior ocorrência de abuso sexual está relacionada a crianças e adolescentes com ensino fundamental incompleto (69,2%), salientando-se que os nove casos agrupados na categoria “Educação Infantil” referem-se a crianças com cinco, quatro e três anos. A maioria dos casos notificados (46,1%) está relacionada a menores rendas familiares, ou seja, um salário mínimo (36,5%) e menos de um salário mínimo (9,6%). As rendas familiares iguais ou superiores a dois salários mínimos

constituem 36,5% das notificações registradas. Ademais, o índice de abusos sexuais em referência ao número de pessoas que residem na mesma habitação que a criança ou adolescente, além dele próprio, indica que ocorre com maior frequência (75,1%) em famílias com duas (23,1%), três (30,8%) ou quatro pessoas (21,2%). Salvo aqueles que residem em abrigos, que corresponde a 3,8% da população de crianças e adolescentes vitimizados.

Como se pode observar na Tabela 2, as crianças e adolescentes vitimizados por abuso sexual que chegam até o Serviço de Enfrentamento à Violência, ao Abuso e a Exploração Sexual podem passar pelos atendimentos psicológico, social, educacional e jurídico. Os mais frequentes são psicológico e social (30,8%), social (21,2%) e psicológico, social e educacional (19,2%). De modo que, em relação ao número de atendimentos por criança ou adolescente, ocorrem frequentemente uma (25%), quatro (21,2%) e três (11,5%) vezes.

De acordo com os dados da Tabela 3, o abuso sexual de crianças e adolescentes ocorre em ambiente intra e extra familiar, o que, em relação ao total de registros (N=52), representa respectivamente 57,3% e 42,3%. No que se refere à violência intrafamiliar, os principais vitimizadores foram o pai (36,7%) e o padrasto (26,7%). Quanto à violência extrafamiliar, o principal vitimizador foi o vizinho (45,5%).

O Gráfico 3 revela que na maioria dos registros (65%) consta que o vitimizador não foi responsabilizado pela abuso sexual cometido contra a criança ou adolescente atendido no Serviço de Enfrentamento à Violência, ao Abuso e a Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes. Em menos da metade das notificações (31%) ele foi responsabilizado.

A partir do Gráfico 4 observa-se que dos 52 registros de abuso sexual contra crianças e adolescentes, as notificações ao Serviço de Enfrentamento à Violência, ao Abuso e a Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes no período de Fevereiro a Julho de 2008, em 84% dos casos foram feitas pelo Conselho Tutelar. Em seguida, pelo disque denúncia (4%), Secretaria Municipal de Saúde (2%), abrigo (2%) e apenas 2% por demanda espontânea.

DISCUSSÃO

Os achados do presente estudo revelam que em todo o ano de 2007 foram registradas 27 notificações de abuso sexual, e somente no primeiro semestre de 2008 registrou-se 25. Os funcionários do Serviço de Enfrentamento à Violência, ao Abuso e a Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes afirmam que tal aumento ocorreu devido à maior divulgação do serviço prestado.

O dados do Gráfico 1, se comparados aos estudos de Baptista e outros (2008), apresentam similitude no que tange a ocorrência de abuso por faixa etária: sete a 14 anos, 55%; zero a seis anos, 39%; e 15 a 18 anos, 6%.

O número de casos de vitimizados do sexo feminino é maior (61,5%) se comparado a do sexo masculino (38,5%). O que corrobora estudos da OMS (2003), os quais revelam que um dos fatores de risco para a vitimização é a criança ou adolescente ser do sexo feminino, embora aponte também que, em determinados países em desenvolvimento, tal como aqui, o número de vitimizados do sexo masculino assumem uma grande proporção.

Neste âmbito, Martins (2006), em seu estudo com meninas vitimizadas, no âmbito da exploração sexual comercial, atenta para o fato de que haver maior número de vitimizados do sexo feminino está ligado, ainda, a valores e desejos de uma sociedade machista e consumista, na qual o sexo feminino é tomado como objeto de satisfação sexual. E, segundo Faleiros (1998), a violência sexual contra crianças e adolescentes surge revelando uma relação de desestruturação do poder legítimo (uso da força do mais forte sobre o mais fraco), do poder simbólico (da proteção do adulto) e dos referenciais culturais familiares.

De acordo com a Tabela 1 o maior número de notificações de abuso sexual está relacionado a crianças e adolescentes com escolaridade referente à educação inicial (17,3) e ensino fundamental incompleto ou (69,2%). Assim, apresenta semelhança com estudos de Monteiro e outros (2008), no qual foi identificado que 21,88% dos vitimizados frequentam o ensino primário, 55,72% não concluíram o ensino fundamental e 13,54% concluíram o ensino fundamental.

Evidencia-se, também, que a maioria dos casos notificados (46,1%) compreende as famílias com menores rendas: um salário mínimo, 36,5%; e menos de um salário

mínimo, 9,6%. Fato observado por Baptista e outros (2008), que afirmam que 80% está relacionado a menores rendas familiares, sendo 48,3% referentes a um salário mínimo e 31,7% a menos de um salário mínimo. Embora, ao contrário do que foi encontrado pela autora em relação a rendas familiares iguais ou superiores a dois salários mínimos (20% dos casos averiguados), aqui, tais rendas constituem 36,5% das notificações registradas. Assim, as rendas menores apresentam uma diferença menos acentuada se comparadas às rendas maiores. Faleiros (2001) afirma que o fenômeno existe em todas as classes sociais, assim, as vitimizações provavelmente estão sendo silenciadas em classes mais favorecidas financeiramente ou não são encaminhadas para o Serviço de Enfrentamento à Violência, ao Abuso e a Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes. Ademais, as famílias nas quais ocorrem os abusos sexuais com maior frequência (75,1%) são as que, além do vitimizado, compõem-se por duas a quatro pessoas.

Como aponta Faleiros (1998), a criança ou adolescente vitimizado sexualmente necessita de acompanhamento psicológico, multiprofissional ou interdisciplinar. No Serviço de Enfrentamento à Violência, ao Abuso e a Exploração Sexual são oferecidos atendimentos psicológico, social, educacional e jurídico (Tabela 2). Sendo oferecidos frequentemente: psicológico e social (30,8%), social (21,2%) e psicológico, social e educacional (19,2%). Nos Centros de Referência do Serviço, desenvolvem-se ações de atendimento integral, especializado e multiprofissional às crianças, adolescentes e famílias envolvidas com a violência e abuso sexual, com o intuito de assegurar o acesso aos serviços públicos municipais de assistência social, saúde, educação, justiça, segurança, esporte, cultura e lazer. Visa também garantir direitos fundamentais, fortalecimento da auto-estima e o restabelecimento da convivência familiar e comunitária (BARBOSA, PAIM, KOSHIMA e XAVIER, 2010). Ainda que o atendimento jurídico tenha sido oferecido em 3,8% dos casos, não foi possível observar como é feito o manejo deste tipo de atendimento, se no próprio Serviço ou se o caso é encaminhado para o outros. Embora se possa inferir, pelas características e objetivo do Serviço, que as providências legais são de competência de outra esfera do serviço público. Dados acerca do que caracteriza os atendimentos psicológico, social e

educacional não foram obtidos. Além disso, os atendimentos acima citados acontecem majoritariamente uma (25%), quatro (21,2%) e três (11,5%) vezes.

Os dados da Tabela 3 revelam que o abuso sexual de crianças e adolescentes ocorre tanto no ambiente intrafamiliar como extrafamiliar, representando, respectivamente, 57,3% e 42,3% do total de ocorrências (N=52). No contexto intrafamiliar os principais agressores foram o pai (36,7%) e o padrasto (26,7%), no extrafamiliar, o vizinho (45,5%). O que corrobora com estudos que indicam que o vitimizador é familiar ou alguém próximo do vitimizado (BAPTISTA *et tal*, 2008).

O vitimizador, de acordo com Pfeiffer (2005), usa do poder e da relação de confiança para abusar sexualmente do menor, que recebe a aproximação do vitimizador satisfatoriamente, visto que possui uma ideia de proteção por parte do adulto. Não obstante, a assiduidade das abordagens, combinadas às práticas abusivas, causa no vitimizado insegurança e dúvida diante do acontecido em função de sua imaturidade acerca das estruturas de valores e conhecimentos. Desta maneira, o vitimizador exige o silêncio da criança ou adolescente vitimizado. Para a autora, o abuso sexual se dá concomitantemente com agressões psicológicas, que, em um contexto intrafamiliar, produz lesões psicológicas em dimensões maiores se comparada aquelas vitimizadas em contexto extrafamiliar. Isto por que o vitimizado fica ainda mais exposto à sedução do vitimizador que é dada pelo vínculo afetivo.

A criança ou adolescente vitimizado pelo abuso sexual, segundo Azevedo (2001), poderia, por exemplo, ter como conseqüência a alteração da imagem corporal, angústia persecutória, conhecimento sexual inadequado para idade, masturbação exacerbada. Além disso, a conseqüência poderia ser a reprodução do ato libidinoso com outros. Os vitimizados, de acordo com Pfeiffer (2005), frequentemente repetem o ciclo de vitimização, transitando da passividade da experiência para a atividade desta.

Para Azevedo (2001), o abuso sexual por vezes não está a serviço de necessidades sexuais, visto que o vitimizado é privado de seu lugar de ser desejante e forçado a ser objeto de um jogo perverso. Todavia, além desta experiência produzir efeitos devastadores no psiquismo da criança ou adolescente, também provoca um abalo familiar no confronto com uma realidade a qual preferia ater-se. A mãe/responsável do vitimizado apresenta sentimentos de culpa por não ter protegido

suficientemente o vitimizado. Assim, observa-se a relevância do Serviço de Enfrentamento à Violência, ao Abuso e a Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes no que se refere ao atendimento da família do vitimizado.

A maioria (65%) dos vitimizadores não foi responsabilizado pelo abuso sexual cometido contra a criança ou adolescente atendido no Serviço de Enfrentamento à Violência, ao Abuso e a Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes, o que corrobora com as afirmações de Faleiros (1998) acerca do caráter de ocultamento do fenômeno. Quando não se esconde o acontecido, faz-se isto em relação ao autor da vitimização. Por características culturais e autoritárias o vitimizador é por vezes perdoado e desresponsabilizado, permitindo, assim, que ele cometa novas vitimizações.

A maioria dos encaminhamentos de casos de abuso sexual de crianças e adolescentes (Gráfico 4) foi realizada pelo Conselho Tutelar (84%), seguida pelo disque denúncia (4%), Secretaria Municipal de Saúde (2%), abrigo (2%) e demanda espontânea (2%). Assim, observa-se que outros serviços que fazem da Proteção Básica e Especial, Políticas Públicas e instituições que abrangem o Sistema de Garantia de Direitos, não são fontes de encaminhamento. Uma possibilidade para o esclarecimento de tal questão é que, como afirma Faleiros (2001), a partir de estudo realizado no Distrito Federal acerca do percurso e dos desvios das denúncias de violência sexual contra crianças e adolescentes, não há uma rede articulada de resolubilidade em relação a tais situações notificadas. As instituições governamentais, das áreas da saúde, assistência, educação, segurança e justiça, atuam de maneira separada, cada uma “fazendo a sua parte”.

Em face disto, pode-se inferir, tal como Carvalho (2006), que a análise estatística abrange uma mínima parte do conhecimento do objeto de estudo. Sendo as fontes oficiais pouco fidedignas em relação a certos tipos de crimes, tais como o sexual, e fornecendo um quadro restrito dos dados buscados. Apesar disso, este instrumento não deve ser colocado de lado, devendo-se ler os resultados de forma crítica.

Em suma, pode-se afirmar que há violência sexual em todas as classes sociais. Quando os abusadores são familiares ou próximos da família, envolve-se a questão da violência sexual em uma rede complexa, na qual seus membros constroem uma trama

de segredos em torno da violência, ocultando o ocorrido. Sendo que os abusadores cometem a violência com mais de uma pessoa, e reincidem na vitimização. E, por questões culturais e autoritárias é perdoado pela família e sociedade. Os vitimizados podem estar em qualquer idade e não há um padrão único de abuso. A criança ou adolescente abusado pode sofrer com medo, vergonha, terror, além de sintomas físicos e psicológicos que dificultam desenvolver suas atividades cotidianas. Inclusive, tendem a se tornarem vitimizadores. Alguns fogem de casa. Portanto, há necessidade de acompanhamento psicológico, bem como multiprofissional ou interdisciplinar para os sujeitos vitimizados (FALEIROS, 1998).

CONCLUSÃO

Os achados do presente estudo revelam que as crianças e adolescentes vitimizados por abuso sexual atendidos no Serviço de Enfrentamento à Violência, ao Abuso e a Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes de Poços de Caldas, Minas Gerais são na maioria do sexo feminino, com um percentual acentuado também do sexo masculino. Assim, percebe-se que ambos estão em situação de vulnerabilidade quanto à ocorrência de tal vitimização.

Este tipo de vitimização denota uma problemática social, ligada às relações de poder, valores, referenciais culturais, apontando para o abuso de poder que o adulto exerce sobre a criança ou adolescente. Neste âmbito, estudos sobre a atual configuração social e o que leva um adulto a cometer tal ato se revela interessante para maiores esclarecimentos acerca do assunto.

Ainda que os registros se refiram a ocorrências de abuso sexual em famílias com renda menor a um salário mínimo, parece evidente que famílias com maior poder aquisitivo fazem menos denúncias, o que não demonstra que a ocorrência seja inexistente. Assim, pesquisas no sentido de desvelar a incidência de abuso sexual em classes sociais com maior poder aquisitivo se fazem necessárias.

Dado que o pai e o padrasto são aqueles que mais cometem vitimizações sexuais, torna-se evidente a necessidade de se buscar o entendimento de como tais

relações familiares configuram-se, no intuito de compreender as causas da perpetração do abuso sexual pelos vitimizadores.

Devido aos danos que podem ser causados pelo abuso sexual da criança ou adolescente, este deve ter acompanhamento, tal como no Serviço de Enfrentamento à Violência, ao Abuso e a Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes, já que os danos podem prejudicar seu desenvolvimento e suas relações futuras. E, também, acompanhamento para a família, que também sofre com a situação que se estabelece.

O vitimizador não é atendido no Serviço de Enfrentamento à Violência, ao Abuso e a Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes de Poços de Caldas, e, pelo que foi observado, é alto o número de casos onde ele não é responsabilizado. Neste contexto, tanto pesquisas que vislumbrem elucidar a condição do vitimizador, o que o leva a praticar o ato de abusar sexualmente de uma criança ou adolescente favorecerá uma melhor compreensão de todo o fenômeno da vitimização. Inclusive, políticas públicas que na prática levem em conta tal sujeito, já que, como apontado por alguns autores, a criança vitimizada poderá ser um vitimizador, ou seja, muitas vezes o vitimizador foi outrora vitimizado. É patente a necessidade de o vitimizador ter um acompanhamento, e não somente jurídico. Caso contrário ele poderá vitimizar outras crianças ou adolescentes.

Os registros analisados são em sua maioria notificações do Conselho Tutelar da cidade, outros serviços que fazem parte da Proteção Básica e Especial, Políticas Públicas e instituições que abrangem o Sistema de Garantia de Direitos, não são fontes de encaminhamento. Entendendo isto como uma possível rede desarticulada, percebe-se a necessidade de que as configurações politicamente estabelecidas se reorganizem.

Embora os dados estatísticos possibilitem uma visão parcial do fenômeno do abuso sexual contra crianças e adolescentes, pretende-se aqui que este estudo possa servir de base para reflexão acerca da violência sexual cometida contra crianças e adolescentes, bem como ampliar a discussão para o desvelamento e entendimento desta problemática.

REFERÊNCIAS

Associação Brasileira Multi-Profissional de Proteção à Infância e Adolescência – ABRAPIA (1997). Abuso sexual contra crianças e adolescentes: proteção e prevenção - guia de orientação para educadores. Rio de Janeiro: Autores & Agentes & Associados.

Azevedo, E. C. (2001). Atendimento psicanalítico a crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual. Brasília, v.21, n.4, março/mai. 2001. Disponível em: <http://pepsic.bvs-psi.org.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932001000400008&lng=es&nrm=>>. Acesso: em 23 maio 2010.

Baptista, R. S.; França, I. S. X.; Costa, C. M. P.; , Brito, V. R. S. (2008) Caracterização do abuso sexual em crianças e adolescentes notificado em um Programa Sentinela. Acta paul. enferm., São Paulo, v. 21, n. 4, 2008 . Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ape/v21n4/a11v21n4.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2010.

Barbosa, H; Paim, I.; Koshima, K.; Xavier, S. (2010). Programa Sentinela Nacional. Disponível em: <http://www.cedeca.org.br/publicacoes/constr_21.pdf>. Acesso em: 21 março 2010.

Brasil (1990). Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília: 169º da Independência e 102º da República, 13 de julho de 1990. 34p.

Brasil (2002). Ministério da Justiça; Secretaria de Estado dos Direitos Humanos; Departamento da Criança e do Adolescente. Plano Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual Infanto-Juvenil. Brasília: Coleção Garantia de Direitos, Série Subsídios, Tomo V, 2002. 59p. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/conanda/plano_nacional.pdf> Acesso em 22 fev. 2010.

Carvalho, N. V (2006). As estatísticas criminais e os ‘crimes invisíveis’. Disponível em <<http://www.psicologia.com.pt/artigos/textos/A0272.pdf>>. Acesso em 01 jan. 2010.

Faleiros, V. P. (1998). Violência sexual contra crianças e adolescentes e a construção de indicadores: a crítica do poder, da desigualdade e do imaginário. Ser Social, Brasília, v. 2, n. 2, p. 37-56, 1998.

Faleiros, V. P.; Faleiros, E. T. S. (coord.) (2001). Circuito e curto-circuitos no atendimento, defesa e responsabilização do abuso sexual contra crianças e adolescentes no Distrito Federal. Brasília: CECRIA, 2001. Disponível em: <<http://www.cecria.org.br/pub/Relat%F3rio%20Final%20Curto-Circuito%2028-08-2001.doc>> . Acesso em: 10 maio 2010.

Martins, D. C. (2006). Meninas do bairro: exploração sexual de adolescentes no bairro Nossa Senhora Aparecida em Pirapora, Minas gerais. 2006. 51f. Monografia (conclusão do curso) – Universidade Estadual de Montes Claros.

Monteiro, C. F. S.; Teles, D. C. B. S.; Castro, K. L.; Vasconcelos, N. S. V.; Magalhães, R. L. B. *et al* (2008). Violência sexual contra criança no meio intrafamiliar atendidos no SAMVVIS, Teresina, PI. Rev. bras. enferm., Brasília, v. 61, n. 4, Agosto 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-71672008000400010>. Acesso em: 22 Março 2010.

Neves, J. L. (1996). Pesquisa Qualitativa: características, usos e possibilidades. Caderno de Pesquisas em Administração. São Paulo, v.1, n.3, p. 1-5, 1º sem. 1996.

Pfeiffer, L.; Salvagni, E. P. (2005). Visão atual do abuso sexual na infância e adolescência. J. Pediatr. (Rio J.) , Porto Alegre, v. 81, n. 5, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0021-75572005000700010&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 20 março 2010.

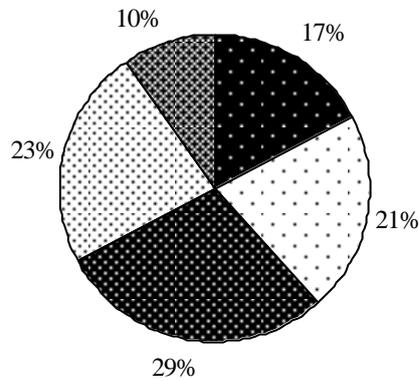
UNICEF (2007). A situação das crianças e dos adolescentes brasileiros. Disponível em: <<http://www.unicef.org/brazil/situacao.htm>>. Acesso em: 23 agosto 2007.

United Nations Secretary (2006). World report on violence against children. United Nations Secretary: Geneva, 2006. Disponível em: <<http://www.unicef.org/violencestudy/reports.html>>. Acesso em: 21 março 2010.

World Health Organization (2003). Guidelines for medico-legal care of victims of sexual violence. World Health Organization: Genebra, 2003. Disponível em: <<http://whqlibdoc.who.int/publications/2004/924154628X.pdf>>. Acesso em: 12 Nov. 2008.

TABELAS E GRÁFICOS

Gráfico 1: Crianças e adolescentes vitimizados por abuso sexual segundo faixas etárias – Poços de Caldas – Minas Gerais, 2007/2008.



■ 3 a 5 anos □ 6 a 8 anos ■ 9 a 11 anos □ 12 a 14 anos ■ 15 a 16 anos

Gráfico 2: Crianças e adolescentes vitimizados por abuso sexual segundo sexo – Poços de Caldas – Minas Gerais, 2007/2008

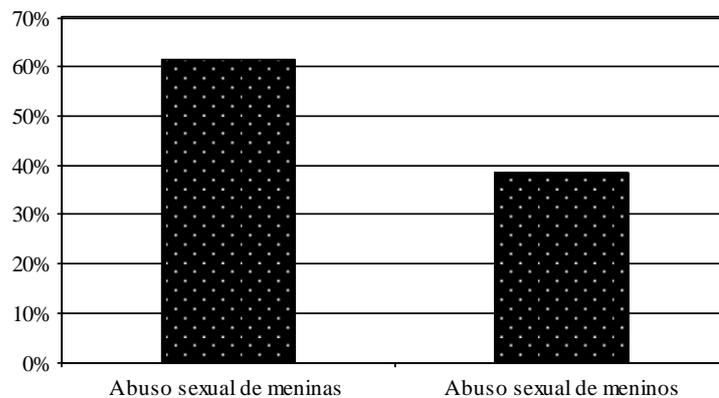


TABELA 1 - Crianças e adolescentes vitimizados por abuso sexual de acordo com características sociodemográficas – Poços de Caldas – Minas Gerais, 2007/2008

<i>Carac</i>			
<i>terísticas sociodemográficas</i>			
	Escol		
aridade			
	Educ		
ação Infantil			7,3
	Ensi		
no fundamental incompleto	6		9,2
	Ensi		
no fundamental completo			,7
	Não		
informado			,8
	Rend		
a familiar			
	Men		
os de um salário mínimo			,6
	Um		
salário mínimo	9		6,5
	Dois		
salários mínimos	0		9,2
	Mais		
de dois salários mínimos			7,3
	Não		
informado			7,3
	Núm		
ero de pessoas na mesma residência (além da criança ou adolescente)			
	1		3,5
	2	2	3,1
	3	6	0,8
	4	1	1,2
	5		,9
	Não		
informado			,8

TABELA 2 - Dados dos atendimentos realizados às crianças e adolescentes vitimizados por abuso sexual – Poços de Caldas – Minas Gerais, 2007/2008

<i>Dad</i>			
<i>os dos atendimentos</i>			
	Tipo		
s de atendimento			
	Psi		
cológico e Social	6		0,8
	Soc		

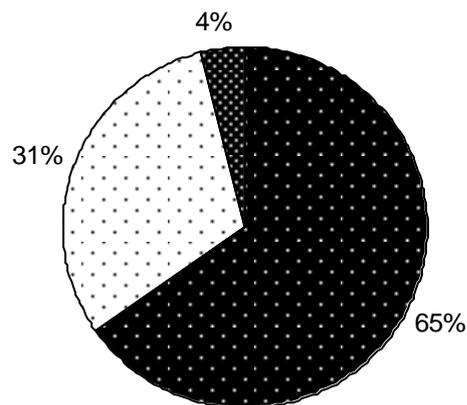
ial		1	1,2
cológico, Social e Educacional	Psi	0	9,2
o informado	Nã		1,5
cológico	Psi		,6
cológico, Jurídico e Social	Psi		,8
ial e Educacional	Soc		,8
mero de atendimentos	Nú		
	Um	3	5,0
	Qu		
atro	Qu	1	1,2
o informado	Nã	0	9,2
s	Trê		1,5
s	Doi		,7
e	Set		,8
co	Cin		,9
o	Oit		,9
e	Nov		,9
enove	Dez		,9
te e dois	Vin		,9

TABELA 3 - Crianças e adolescentes vitimizados por abuso sexual segundo vínculo com o vitimizador e ambiente em que ocorreu – Poços de Caldas – Minas Gerais, 2007/2008

vínculo do vitimizador com o vitimizado	Ambiente do abuso sexual	
	intrafamiliar	extrafamiliar
	n=30	n=22
ai	1	6,7
adastro		6,7
io		3,3
rimo		,7

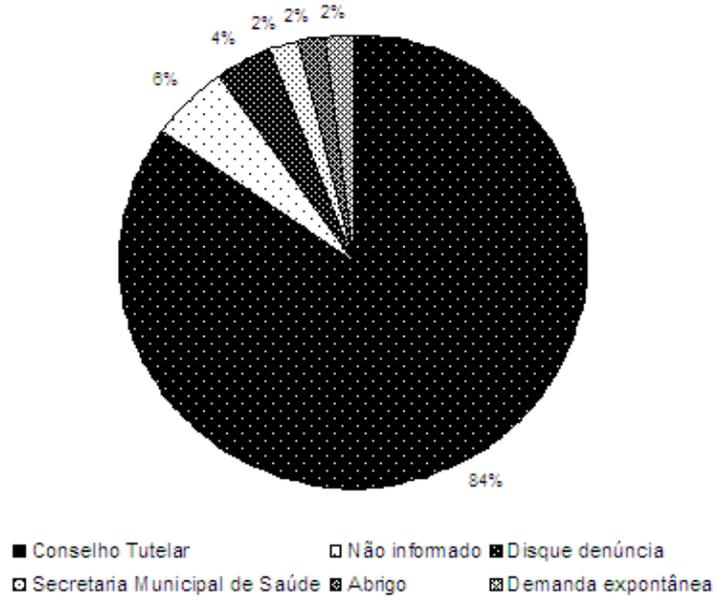
adrinho		,3	
sposo da prima		,3	
x-padrasto		,3	
ai substituto		,3	
ilho do padrasto		,3	
izinho	0		5,5
ão informado			7,3
amorado da mãe			,1
onhecido da família			,5
rofessor			,5
rmão da babá			,5
uncionário da escola			,5
total	0	00	2
			00

Gráfico 3: Responsabilização do vitimizador que cometeu abuso sexual da criança ou adolescente atendido no Serviço de Enfrentamento à Violência, ao Abuso e a Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes – Poços de Caldas – Minas Gerais, 2007/2008.



■ Não foi responsabilizado □ Foi responsabilizado ■ Não informado

Gráfico 4: Autoria das notificações de abuso sexual de crianças e adolescentes no Serviço de Enfrentamento à Violência, ao Abuso e a Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes – Poços de Caldas – Minas Gérias, 2007/2008



ENSAIO SOBRE ALGUNS ASPECTOS RELEVANTES DA LEI GERAL DA COPA E O DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Bruno Fraga Pistinizi¹

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. INCONGRUÊNCIA DA LEI GERAL DA COPA FRENTE À DEFESA DA CONCORRÊNCIA. RE. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Resumo: O objetivo do presente artigo é discutir no contexto da Lei Geral da Copa suas implicações diante da defesa da concorrência, um dos princípios constitucionais componentes da ordem econômica brasileira. Como se tem percebido ao longo das últimas edições deste importante evento esportivo de relevância global, a entidade reguladora do futebol mundial (FIFA) impõe um extenso caderno de exigências abrangendo desde a desoneração tributária aos bens, produtos e serviços que servirão para a organização do evento, como a suspensão da exigibilidade do recolhimento de contribuições previdenciárias. O texto apresentará igualmente as severas implicações decorrentes da FIFA sobre a exclusividade de comercialização de seus produtos, o que pode acarretar um desequilíbrio concorrencial diante de agentes econômicos há muito instalados no mercado brasileiro.

Palavras-chave: Copa do Mundo; Concorrência; Ordem Econômica.

Abstract: The aim of this paper is to discuss the context of the World Cup General Law and its implications regarding the defense of competition, one of the constitutional components of the Brazilian economical order. As it has been seen through the last editions of this global and important sports event, the regulatory entity of the worldwide soccer (FIFA) imposes extense requirements contract covering since the tax relief of goods, products and services that will serve to the event's organization, as well as the suspension of payments of social security contributions. This paper presents the severe implications arising from FIFA towards the marketing exclusivity of its products, what can result in a competitive instability of the economics agents, that have been installed in the Brazilian market a long time ago.

Keywords: World Cup; Competition; Economic Order

INTRODUÇÃO

Desde a publicação da Lei nº 12.663 de 05 de junho de 2012, o Brasil se viu mergulhado num oceano de expectativas positivas capazes de inserir nosso país há muito reconhecido como país emergente, como um protagonista na ordem internacional.

Ao sediar um evento da magnitude da Copa do Mundo o Brasil leva consigo uma extensa lista de imposições políticas, jurídicas e econômicas oriundas da entidade suíça de direito privado responsável pela regulação do esporte de futebol qual seja, a

¹ Mestre em Direito Constitucional pela PUC-SP; Professor de Direito Econômico da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-MG; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional – IBDC; Advogado.

Fédération Internationale de Football Association (FIFA). Até este ponto o pensamento corrente é semelhante ao de um renomado artista que para se apresentar numa dada localidade apresenta uma série de exigências, cabendo assim ao contratante endossar ou não os reclamos de quem exige.

Não podemos, contudo, festejar ou engrandecer o acontecimento, quando as exigências proclamadas por este artista ou protagonista extrapolam direitos ou garantias que normalmente não são praticadas aos próprios cidadãos daquela localidade, invocando aqui também empresários ou comerciantes que há anos já desempenham suas atividades comerciais. Parece desta feita claro que o artista objeto da divagação é a FIFA, que detentora dos direitos exploratórios do evento Copa do Mundo, pratica como se verá no decorrer deste ensaio, exigências por vezes impraticáveis quanto à execução plena, sobretudo pelo fato de implicar proporcionalmente numa substancial redução do bemestar de grupos empresariais que pelo simples fato de não serem contemplados pela legislação, sofrerão decréscimo acentuado de suas receitas e em alguns casos até a proibição de comercialização de seus produtos por se encontrarem nos arredores da praça de realização do evento esportivo.

Para os entusiastas da ação estatal na economia, sem qualquer pretensão ora depositada de se aprofundar preceitos técnicos e filosóficos de natureza socialista, capitalista ou neoliberalista, a Copa do Mundo de 2014 desperta uma sensível e notória preocupação com preceitos inerentes à ordem concorrencial brasileira, especialmente com as recentes e bemvindas modificações trazidas pela Lei nº 12.529/2010 a ser mencionada em momento próprio deste estudo.

Uma preocupante afirmação ocultada em meio a prósperas indicações de crescimento e geração de riquezas para o país pode ilustrar com coerência a temática em debate. Consoante disposto pelas autoridades ministeriais e de alto escalão gerencial do evento, deu-se a divisão do planejamento de ações em alguns campos específicos, sendo indubitável destacar que o primeiro dos três ciclos de planejamento convergiu à elaboração e execução de projetos de longa maturação e iminente necessidade de rigor e obediência a prazos, como se dá com a mobilidade urbana, estádios, aeroportos e portos. Os outros dois ciclos coabitam com este pela relevância

operacional sob a forma de ações de infraestrutura complementares. Exemplos levantados do segundo ciclo voltam-se a temas como segurança, infraestrutura turística, energia, telecomunicações, sustentabilidade ambiental e promoção do país. O esmero e exatidão dos dois primeiros ciclos conduzirão a estrutura da competição esportiva à derradeira etapa de sua implementação, caracterizada por temas planejados com antecedência, porém aplicados com a proximidade da data do espetáculo ilustrado pelas operações com malhas aéreas, operações aeroportuárias e mobilidade urbana.²

A longa descrição dos objetivos traçados pelo governo federal, certificam de antemão o legado estrutural a ser herdado pela população brasileira que incontestavelmente se beneficiará dos equipamentos públicos edificados. Para o leitor desavisado ou nacionalista, a consagração de tais projetos assemelha-se ao enaltecimento de um modelo econômico bem sucedido e acompanhado pelo Estado como um indutor de políticas e investimentos semelhante ao espectro da “mão invisível de Adam Smith”.

A atmosfera igualitária ou distributiva dos dividendos estatais do Brasil, como anfitrião da Copa do Mundo de 2014 esbarra à percepção clara de instituições jurídicas preconizadoras de uma igualdade econômica a um rígido *status* de desequilíbrio concorrencial e desfavorecimento de camada empresarial, a qual por não estar coligada com os interesses imediatos da FIFA não participarão à evidência da lei Geral da Copa do pacote de estímulos contemplativo de uma série de benefícios de índole tributária repartidos entre as empresas a ela vinculadas. Como se verá, além de impedir o pleno e autêntico exercício da livre iniciativa empresarial, aspectos categóricos da soberania poderão a depender da aplicação e eficácia da Lei Geral da Copa, ser abalados e com eles todo um aparato jurídico protetivo garantido pela Carta Magna de 1988.

² Relatório de gestão – I Balanço da Copa. Disponível em <http://www.copa2014.gov.br/sites/default/files/publicas/sobre-a-copa/biblioteca/balancoCopa2014.pdf>. Acesso em 04 de julho de 2012.

INCONGRUÊNCIAS DA LEI GERAL DA COPA FRENTE À DEFESA DA CONCORRÊNCIA.

A concepção globalizada dirigida à maximização da riqueza global não serve definitivamente de parâmetro de aferição do êxito de uma política pública econômica. É preciso engajar neste processo considerações informativas de atendimento e maximização da eficiência do mercado, pois como se sabe pelo sem número de variáveis incidentes no cálculo da política econômica é praticamente impossível prever com exatidão o volume da perda social assumida pela coletividade consumidora de um bem ou serviço.

Contudo a ordem econômica brasileira apoiada em instrumentos jurídicos como a Constituição Federal e a legislação antitruste devem ser capazes de observar com detida atenção a latente possibilidade que uma dada medida governamental ou prática colusiva de empresas terão em não redirecionar num espaço de tempo razoavelmente considerado os ganhos de eficiência com o consumidor, principal destinatário das medidas interventivas no mercado.

A congruente e lógica lição de Calixto Salomão Filho espelha com exaltação o papel de destaque assumido pela integração legislativa preconizada pelo direito da concorrência como se verifica pelas palavras do mesmo: “Ocorre que a única maneira efetiva de garantir essa repartição de benefícios com os consumidores é a proteção do sistema concorrencial, isto é, da existência de concorrência efetiva ao menos potencial. Só ela pode garantir a preocupação constante dos agentes econômicos com a redução de preços, melhoria da produtividade e qualidade dos bens e serviços”.³

O conjunto orgânico garantidor do cenário concorrencial é condescendente com o projeto constitucional de comando e fixação de diretrizes principiológicas de divisão da atividade concorrencial, como nos é informado pela dicção do artigo 174, da Carta Política. Podemos evidenciar pela inserção do método de interpretação sistemática da norma constitucional que a correção e virtude do campo normativo infraconstitucional não admite a omissão ou desinformação de práticas econômicas capazes de destoar ou desestabilizar a concorrência num dado mercado. Em relevante

³ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial – As Estruturas**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 33.

análise do artigo 173, § 4º do texto constitucional Itamar de carvalho Júnior assevera que “... nos dias de hoje, a Constituição Federal não permite a existência, no sistema econômico, de permissões estatal para o monopólio, para a exclusividade, para o excesso prévio ao abuso de poder econômico. Ele pode existir – poder econômico – como conseqüência da eficiência de seu detentor, porém ele não pode ser abusado.”⁴

Como se vê as características nutridas pelo compêndio legislativo em matéria de defesa da concorrência almeja intensificar o magnetismo existente entre a terminologia “livre concorrência” como traço predominante da instalação de condições mínimas de concorrência, como também a sua cristalização como uma ampla liberdade de acesso e permanência no mercado. A difusão destas idéias progressistas não foi alcançada com absoluta tranqüilidade no decorrer da história brasileira, sempre dependente de uma cultura exportadora de matérias-primas para produtos manufaturados. Trata-se de um notório cenário de déficit estrutural onde setores econômicos estratégicos para o crescimento nacional poderiam dar mais de si mesmos desde que recebessem atenção devida pelo Estado pela via de estímulos econômicos.

No período contemporâneo da história republicana, o Brasil tem adotado postura de vanguarda na arena de regulação pela concorrência, seja ela interna ou externa. O ajuste das normas jurídicas de direito econômico alinha-se com o ideário político-econômico vigente, colocando lado a lado em certas situações o Estado e a iniciativa privada. Tal como exortado pelo jurista Fernando Herren Aguillar, “... a idéia que tem norteado a ação do governo brasileiro é a de que a competitividade no setor público e no privado proporcionará ganhos quantitativos e qualitativos tanto para o Estado quanto para os usuários dos serviços e consumidores dos produtos.”⁵

Se por um lado e seguindo o padrão compreensivo do direito econômico atual, o Estado torna-se encarregado de introduzir variáveis compulsórias ou facultativas ao cálculo do agente econômico certo de que poderá apresentar elementos de influência

⁴ ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo. **Desafios atuais da regulação Econômica e concorrência**. São Paulo: Atlas., 2010, p. 139.

⁵ AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do Direito Nacional ao Direito Supranacional**. 2.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 184.

óbvia em sua atividade de empreender, temas de atual relevância como fiscalizar de forma vigilante diante da possibilidade cada vez mais proeminente do próprio Estado cometer abusos e desta maneira ele próprio incentivar equivocadamente o monopólio.

Na esteira propositiva deste estudo introduzimos a relação entre o Capítulo II da Lei nº 12.663/2012 e a proteção e defesa da concorrência transportando-se aqui a preocupação da entidade reguladora do futebol mundial profissional (FIFA) e a proteção especial a ela concedida diante da legislação de propriedade intelectual prevista no Brasil. Neste ponto duas observações são amplamente cabíveis.

A primeira articula de maneira compassada o interesse da FIFA de assegurar a incolumidade de suas marcas, símbolos, emblemas, mascotes, por meio de uma súbita desburocratização do processo administrativo de anotação do registro em seus cadastros. O conteúdo do artigo 7 da Lei nº 12.663 destaca a acentuada velocidade de análise do pedido de registro de marca no prazo de até 60 (sessenta) dias contados da data da apresentação do pedido.

Comparativamente ao conteúdo da Lei nº 9.279/96 o mesmo procedimento recebe tramitação vagarosa de identificação exaustiva em cada uma de suas etapas, como se dá no decurso do prazo do protocolo do pedido de registro, nos termos do artigo 158 da referida lei. Entre a protocolização do pedido e a apresentação de oposição aguarda-se um prazo de 60 (sessenta) dias. Ainda no aspecto comparativo visualizado entre ambas legislações assinalamos o conteúdo respectivo do parecer conclusivo proferido pela comissão especial destinada a avaliar as implicações jurídicas e econômicas do Projeto de Lei nº 2330/2011, cuja relatoria fora incumbida ao deputado federal Vicente Cândido: “Destaque-se que, por esse mesmo artigo (7º do projeto de Lei e posteriormente convertido na lei ora debatida), não serão exigidas da FIFA provas da comprovação do alto renome nem da notoriedade no país de origem, para fins do reconhecimento, em razão da celeridade necessária para a conclusão do processo...”.

“Os arts 7º, 8º e 9º da proposição estabelecem prazos mais curtos que os fixados na Lei de Propriedade Industrial para o exame de pedido de registro de marcas de forma que a publicação do deferimento ou indeferimento do pedido de registro possa ocorrer entre cento e oitenta e duzentos e dez dias da data do depósito”.

Inexiste conclusão oposta senão aquela desvelada pelo relatório e coincidente com a proposta de edificar um ordenamento jurídico processualmente customizado em relação aos símbolos de propriedade da FIFA, excetuando-a do roteiro comumente aplicado aos demais interessados. Outra faceta procedimental advinda do capítulo suscitado se dá na redação do artigo 1º da Lei Geral da Copa, dispensando a FIFA de recolhimento aos cofres públicos das retribuições ao INPI, aqui ampliando a desoneração aos demais procedimentos até o dia 31 de dezembro de 2014.

Na avaliação do dispositivo excludente de ônus retributivo da FIFA, o relatório conclusivo da comissão assevera com auspiciosa tranqüilidade: “Quanto a esse aspecto, cabe destacar que o INPI conta com receitas próprias advindas do exercício de suas atribuições e que há sustentabilidade no custeio de suas atividades regulares por meio de recursos do tesouro, bem como de receitas próprias pelo pagamento de serviços prestados”.

A simplicidade e facilidade na avaliação dos congressistas nos transmitem a impressão de que os cofres públicos não sofrerão por esta abstinência arrecadadora remanescente de um acordo de intenções entre o Brasil e a FIFA. O que não se descortina ou alcança, por liberalidade ou lapso de julgamento é que o custeio da máquina burocrática do INPI recairá sobre a parcela restante da coletividade que não agraciada pela legislação regulatória da Copa do Mundo, padece da possibilidade de nivelamento jurídico econômico e com ele a afronta aos reclamos do direito concorrencial.

A significação e austeridade do exercício do poder econômico passa pela indispensável análise de regras de mercado como se evidencia por meio da Lei nº 12.529/2011. Sua concepção buscara o equilíbrio necessário entre os múltiplos interesses dos agentes econômicos que concorrem entre si num dado mercado. A precisão e sincronia entre tais interesses deve sofrer contudo, uma ação ativa por parte da Constituição Federal, em particular pela via eletiva do apreço a princípios correlatos à atividade econômica destinados a atribuir fiabilidade ao sistema. De antemão uma precisa e conciliatória constatação é promovida por André Carvalho Nogueira ao invocar que “... a liberdade individual, assim, tem reduzido seu valor instrumental ao patamar vindicado pelos detentores de poder econômico na medida

em que somente o que lhes interessa pode ser objeto de valor. A vasta pluralidade de fins individuais passa a ser substituída por um número ínfimo de fins corporativos”.⁶ O descumprimento de importante função equalizadora de regras procedimentais dos agentes econômicos individuais ou revelados por grandes corporações, descredencia a necessidade protetora da harmonia da ordem econômica constitucional.

O ajustamento condizente com a estrutura concorrencial brasileira determinaria para a compreensão dos artigos 7º a 10 da Lei nº 12.663/2012 a manifestação clara dos interesses do Estado brasileiro em permitir uma irrestrita isenção de retribuições no âmbito do INPI favoravelmente à FIFA. O diálogo permanente entre o direito objetivo transportado para o plano juspositivo e o direito subjetivo, encontra neste último, o núcleo essencial da liberdade individual, concebida no plano econômico como uma possibilidade de acesso semelhante ao compêndio legal de isenções e imunidades conferido a um determinado agente econômico. Merecedora de destaque, a uniforme e verossímil lição de Alf Ross reconhecendo que “o conceito de direito subjetivo é usado unicamente para indicar uma situação na qual o ordenamento jurídico deseja assegurar a uma pessoa, liberdade de poder se comportar – no âmbito de uma esfera específica – como lhe agrada, a fim de proteger seus próprios interesses. O conceito de direito subjetivo indica a auto-afirmação autônoma do indivíduo.”⁷

De que maneira então estimular relações de troca no mercado quando existe tamanha discrepância no tratamento institucional entre os agentes econômicos, os quais percorrerão caminhos curtos ou mais longos pelo simples fato de não agregarem suficiente valor ao projeto de desenvolvimento econômico planejado pelo governo federal para a Copa de 2014?

A provável resposta conforma-se com a incessante e contínua atividade regulatória do Estado pautada na cumplicidade dos agentes nele inseridos com o alcance de preceitos essenciais tais como aceitação de um sistema alocativo benéfico ao bemestar coletivo, propagandeado por um ordenamento jurídico capaz de fornecer

⁶ NOGUEIRA, André Carvalho. **Regulação do poder econômico – a liberdade revisitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 138.

⁷ ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000, p. 211.

os instrumentos impulsionadores do mercado, ao invés de incentivarem sua maior concentração. Regras de propriedade intelectual, elaboração de contratos e respeito à dignidade humana precisam ser considerados prioritariamente a uma desatenciosa ou imprevidente alteração procedimental beneficiando um único agente econômico. Distancia-se desta forma à coletivização de abrangência de mecanismos incentivadores da livre concorrência, culminando num declínio ao bem-estar de terceiros de forma geral.

É justo e coerente observar que o discurso das autoridades governamentais na consecução da instalação deste pacote de benesses em prestígio à FIFA acarreta ao Brasil volume descomunal de entrada de divisas nas mais diversas áreas como o turismo, além de propiciar como já exposto a transferência de uma durável infraestrutura erguida por meio da batizada “matriz de responsabilidade”. Sua gênese almeja perfazer uma imprescindível unidade legislativa de certa maneira descaracterizada pelo modelo federativo adotado pelo Estado brasileiro. Elementos como autonomia, atribuição e competência dos entes federativos os posiciona em situação de conflituosidade, quando da enumeração de tarefas prioritárias e planos de metas a serem cumpridas visando o êxito do evento global.

A idéia arquitetada pelo governo federal consistiu numa superação das expectativas políticas e econômicas de cada Estado da federação anfitrião de partidas do evento, para que todos pudessem em mútuo acordo firmar um instrumento de pactuação. Tornando-se clara a definição de responsabilidades de cada ente em aspectos como fontes de recursos e financiamento de projetos, a expectativa da União é que a geração de eficiência econômica na condução das obras seja conquistada com a utilização ordenada dos recursos públicos em setores específicos de infraestrutura (mobilidade urbana) além de transparência na divulgação dos resultados.

O destaque positivo da medida tem surtido efeito vigoroso como se demonstra na última avaliação da União no quadro evolutivo da construção ou reforma de estádios, clamando-se por semelhante elogio no setor portuário. Contudo, se por um lado a definição de eficiência econômica num contexto neoclássico permite a elevação da capacidade de produzir uma maior quantidade de bens com a utilização de menos recursos ou com diminuição considerável de custos, por outro lado tal tendência

carrega consigo um painel de insuficiência alocativa, pois necessariamente uma parcela da produção não alcançará esta eficiência, perdendo por consequência este espaço no mercado. Como se verá no exemplo a seguir, a FIFA amplia sua esfera de atuação também em outros segmentos ou mercados relevantes na organização da Copa, recrudescendo o retrospecto de ineficiência alocativa.

A Lei nº 12.350/2010 descreve o tratamento tributário referente a realização no Brasil dos dois principais eventos patrocinados pela FIFA e o primeiro deles previsto para o ano de 2013 sob a denominação de “Copa das Confederações FIFA 2013” e a “Copa do Mundo FIFA 2014”. A bondosa e complacente desoneração permeia um sem número de produtos e serviços que servirão de base para a construção do evento em suas distintas etapas e diferentes níveis de utilidade. Logo, desde alimentos, suprimentos médicos, troféus, medalhas, flâmulas e bandeiras, beneficiando quaisquer outros bens não duráveis genericamente definidos e assim considerados aqueles cuja vida útil seja de até 1(um) ano (art. 3º, incisos I a V).

A franqueza legislativa, entretanto, recai para os fins deste estudo ao afamado “Regime especial de Tributação para Construção, Reforma ou Modernização de Estádio de Futebol” (RECOPA). A instituição deste regime suspende a exigência de algumas contribuições tais como o PIS/PASEP, Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), Imposto sobre Produtos Industrializados e o Imposto de Importação nas circunstâncias em que o fato gerador recair sobre a importação de bens ou materiais de construção por pessoa jurídica beneficiária do programa.

De maneira semelhante como bosquejado no comentário da dispensa das retribuições da FIFA ao INPI no registro de suas marcas, a compatibilidade e justificção da medida é extraída do relatório elaborado pelo eminente deputado federal Arlindo Chinaglia na conversão em lei da Medida Provisória nº 497 de 27/07/2010 que assim bradou em trecho relativo ao RECOPA ou ainda sem designação específica como RECOM: “O RECOM se justifica pela premente necessidade de se iniciarem as obras para construção, ampliação, reforma ou modernização dos estádios de futebol brasileiros com utilização prevista nas partidas de oficiais da Copa das Confederações FIFA 2013 e Copa do Mundo FIFA 2014, em virtude de compromisso assumido pelos Governos Federal, Estadual e Municipais com a *Fédération*

Internationale de Football Association – FIFA. A desoneração tributária prevista pelo RECOM visa reduzir o custo das obras e alavancar os investimentos necessários para adequação dos estádios de futebol”.

A política econômica adotada neste aspecto reconhece *ab initio* a insensatez da elevada carga tributária incidente sobre grupos produtivos geradores de riquezas como se dá com a construção civil e sua cadeia produtiva. A prática da desoneração passa, por conseguinte, a mais um dos inúmeros reclamos da FIFA em seu caderno de imposições ensejando do Estado aderente uma adequação de sua política fiscal e tributária, ainda que ao arrepio de princípios basilares da atividade econômica como a livre iniciativa ou a valorização do trabalho humano, posteriormente discutido neste ensaio.

Fato é que os artigos 17 a 21, da Lei nº 12.350 ocultam um severo prejuízo à coerência lógica proposta pelo ordenamento jurídico pátrio, que no caso viu-se absorvido pela teoria econômica da otimalidade de Pareto como exclusiva mola propulsora da eficiência econômica.

Num primoroso esforço argumentativo Amartya Sen pontua que: “...um determinado estado social atingiu um ótimo de Pareto se e somente se for impossível aumentar a utilidade de uma pessoa sem reduzir a utilidade de alguma outra pessoa”. Em outro momento de exibição das conseqüências desta “otimalidade” na administração dos mercados o mesmo autor nos expõe a seguinte ilustração facilmente trazida para a contemporaneidade: “Um estado pode estar no ótimo de Pareto havendo algumas pessoas na miséria extrema e outras nadando em luxo, desde que os miseráveis não possam melhorar suas condições sem reduzir o luxo dos ricos”.⁸

Em síntese quando do aprofundamento de sua cristalização teórica moderna apreciada por Jeremy Bentham e John Stuart Mill, o utilitarismo pressupõe o desenlace da eficiência econômica compartilhado por uma apreciação moral dos atos a partir da proporção que estes estão propensos a promover alguma utilidade para as pessoas. No instante em que os “ganhos de utilidade” erigidos pelos atos de certos agentes econômicos extrapolem as perdas, o valor moral proposto pela teoria terá sido

⁸ SEM, Amartya Kumar. **Sobre Ética e Economia**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, pp. 47 e 48.

atingido. Obviamente que certos elementos de suma relevância como distribuição de recursos ou bens primários para grupos ou agentes econômicos menos proeminentes são descartados pelo utilitarismo, eis que seu privilégio distributivo continua focado na visibilidade utilitarista que o histórico do agente contribui para julgá-lo merecedor dos benefícios.

O convívio com esta teoria faz-nos perceber e inadvertidamente aplaudir iniciativas legislativas de desoneração, por nos transmitir uma errônea impressão de que toda a coletividade direta (geração de empregos e circulação de riquezas) ou indiretamente (maximização de sensações prazerosas de desfrutar de acomodações confortáveis e de alta tecnologia) desfrutariam do brilho radiante da política governamental.

Por óbvio que não nos reportamos à felicidade material como único critério de embasamento da prática utilitarista e a bem sucedida estrutura de desoneração tributária concedida à FIFA e seus parceiros mais íntimos. Entretanto a insígnia “alavancagem de investimentos” ou “compromisso assumido pelos Governos Federal, Estaduais e Municipais com a FIFA”, não podem solapar e ludibriar o escopo de maximização do bem-estar de toda a coletividade ou ao menos de outros agentes que diretamente participem da intrincada cadeia de negócios que envolvem o evento da Copa do Mundo.

Imaginemos a guisa de exemplo a construção de certos empreendimentos ou plantas industriais nas cidades de Manaus e Cuiabá como restaurantes, supermercados, expansão da rede hoteleira ou pequenos pontos comerciais para atendimento de turistas. Será que tais estabelecimentos igualmente não fariam jus da desoneração tributária, desde que de alguma forma conectados ao evento “Copa do Mundo”? A resposta emerge do conteúdo dos artigos 7º e seguintes da Lei nº 12.350/2010, de maneira particular do inciso I, § 6º, do artigo 7º da lei, ao excluir tanto a pessoa jurídica domiciliada no país e a pessoa física residente no país, que auferirem renda ou proventos de qualquer natureza, desde que recebidos das pessoas jurídicas coligadas á FIFA ou por ela indicadas a figurarem no quadro de desoneração tributária, do pagamento do Imposto sobre a Renda da pessoa Jurídica (IRPJ) e do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física. (IRPF).

O cenário legal acima evidenciado assume a roupagem caracterizadora do utilitarismo acrescido aqui da condicionante da “otimalidade de Pareto”, dado que maximiza a soma total das utilidades de todas as pessoas tomadas em conjunto. Neste jogo de ganhos e perdas de utilidades, justifica-se politicamente vantagens díspares entre os agentes econômicos (FIFA e pessoas físicas e jurídicas domiciliadas no Brasil), pois no cômputo geral os ganhos são substancialmente maiores. O sofrimento silencioso de agentes econômicos abandonados pela política econômica governamental ganha coro na congruente constatação de Amartya Sen: “As vantagens e desvantagens relativas que as pessoas têm comparadas umas às outras, podem ser julgadas em termos de muitas variáveis diferentes, p.ex; suas respectivas rendas, riquezas, utilidades, recursos, liberdades, direitos, qualidade de vida, e assim por diante. A pluralidade de variáveis que podemos focalizar (as variáveis focais) para avaliar a desigualdade interpessoal faz com que seja necessário enfrentar, em um nível bem elementar, uma difícil decisão com respeito à perspectiva a ser adotada.”⁹

Distintamente da celeridade do Governo Federal em aprovar um pacote de generosidades favoravelmente à FIFA, a dificuldade e amadurecimento da decisão política e econômica proposta por Amartya Sen, invoca a defesa de direitos e observância da ética como predicados conjunturais da economia do bem-estar. Neste fato, a Constituição Federal se lança como o mais bem-sucedido aparato jurídico de congraçamento da perspectiva de bem-estar, por meio da ordenação de princípios aplicáveis à esfera econômica.

O desafio proclamado pela Constituição Federal de 1988 consiste aqui em imprimir bases sólidas de um entendimento unificado em matéria principiológica de forma a tornar incontestável a necessidade de avaliação conjunta dos variados títulos dos quais a Constituição encontra a consolidação topográfica de seus dispositivos. O conjunto emblemático encartado no artigo 170, caput e seus respectivos incisos não figura como mero mecanismo de aformoseamento ou convicção constitucional da valorização da plataforma neoliberal que domina diversas nações do mundo.

As normas jurídicas constitucionais que carregam a economia brasileira subsistem justamente para a captação dos fins da própria ordem econômica

⁹ SEM, Amartya Kumar. **Desigualdade reexaminada**. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 51.

constitucional. Logo, poder-se-ia vincular a valorização do trabalho humano pautado na livre iniciativa econômica como coroamento dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º e incisos), apenas para listar uma das inúmeras hipóteses de harmonização dos princípios.

No enaltecimento de alguns dos aspectos polêmicos que circundam a Lei Geral da Copa e sua legislação correlata, torna-se inescapável não exercer semelhante crivo de avaliação, tampouco não relacionar nesta teia de princípios constitucionais de elevado quilate, uma esfera preferencial na qual preponderem segmentos alinhados à liberdade humana e sua dignidade, além do desenvolvimento social.

Há de se ter em conta que a manutenção de elevados índices de produtividade e crescimento econômico não podem ser mantidos ao demérito da defesa da concorrência com exceção a certas hipóteses às quais o monopólio do bem ou serviço é conquistado naturalmente pela competência do agente econômico de utilizar de sua estrutura produtiva para aumentar seu potencial qualitativo. No caso da edição da Lei nº 12.350/2012 a polida desoneração tributária atenta em face do princípio constitucional da livre concorrência, legitimado pelo artigo 170, IV, da CF/88. A sugestão e preferência constitucional aqui delimitada implicam na vedação de abuso de poder econômico a um ou mais agentes num dado mercado relevante ora concebido como o imprescindível estabelecimento dos limites geográficos e relativos ao tipo de produto e posteriormente realizar a aferição de participação percentual do agente no mencionado mercado.

Para evitar o abuso do poder econômico como o que se experimenta a partir da análise da Lei nº 12.350/2010, as medidas concentracionistas preferenciais à FIFA deveriam igualmente ser ampliadas a todos os participantes da cadeia produtiva, não necessariamente vinculadas à construção ou reforma dos estádios, pois como se vê, a FIFA, suas empresas subsidiárias e as prestadoras de serviço, passam direta ou indiretamente por sua ingerência, sem ostentar instrumentos transparentes ou sujeitos a uma regulação concorrencial pelo Estado. O arremesso de políticas econômicas ao vento ou adstritas tão somente a um dubitável acréscimo ao desenvolvimento social é objeto de crítica como se percebe da lição de André Carvalho Nogueira: “Políticas concentracionistas, portanto, que não possuem uma ampla e séria

justificação, nem sejam acompanhadas de mecanismo de controle que possam fiscalizar a efetiva redistribuição dos benefícios que se pretendia gerar, não podem ser aclamadas como constitucionais e, por isso, não podem afetar a interpretação e aplicação do direito concorrencial.”¹⁰

A desobediência ao fomento à livre concorrência transcende o plano exclusivamente jurídico cumulando conseqüências danosas ao mercado como se constata pela hábil e inteligente assertiva de Lafayette Josué Petter: “A concorrência perfeita corresponde ao modelo onde são muitos os vendedores e muitos os compradores e, isoladamente nenhum deles tem poder suficiente para dominar o mercado. Neste mercado ideal, os compradores estão cientes das opções que possuem e podem exercê-las livremente”.¹¹ Noutro prisma de análise em que o abuso do poder econômico se intensifica, mesmo que sob a chancela de norma infraconstitucional como a que desonera a FIFA e suas parceiras do recolhimento de diversos tributos, a consequência mostra-se diversa como ora relatado:

“À esta normalidade fática no ambiente concorrencial, que conduz ao preço justo, antepõe-se a abusividade decorrente de práticas anticoncorreciais, ilícitas e ilegítimas. Todos saem perdendo: os consumidores, que não tem acesso aos melhores produtos, pois as circunstâncias concorreciais não estarão, ao menos em sua totalidade presentes; os demais agentes econômicos, que a despeito de operarem em um mercado onde deva vigorar a livre iniciativa e a livre concorrência se vêem na contingência de enfrentar ou suportar dificuldades, barreiras, imposições e outras restrições decorrentes da falta de concorrência; perde o País, pois num regime de livre concorrência as empresas brasileiras estarão em condições de ter melhor atuação performática no mercado internacional, o que reconduz, de todo modo, ao princípio da soberania, no seu matriz econômico, tal como referenciado no inciso I, do artigo 170 da Constituição Federal.”¹²

Ademais, este abrandamento tributário concedido à FIFA e toda a sua estrutura empresarial de entidades a ela coligadas, perturba o princípio inerente à ordem

¹⁰ NOGUEIRA, André Carvalho. **Regulação do poder econômico...**, ob. cit. p. 239.

¹¹ PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal**. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 pp. 248-249.

¹² Idem, pp. 252-253.

econômica de salutar importância, traduzida pela serenidade da soberania nacional. Não se trata de perigo de confronto bélico ou impositivo de condicionantes de uma nação a outra, pois a soberania nacional economicamente equilibrada penetra no reforço e valorização dos “agentes econômicos nacionais”, instalados em território nacional e com elevada intenção de participar ativamente e de forma duradoura do processo de desenvolvimento. A moldura estampada pela Lei nº 12.350/2010, mormente nos artigos 17 a 21 expressa uma espécie de rompimento da soberania nacional e a capacidade dela emanada de concentrar uma autonomia decisória no plano econômico. Mesmo que conserve constitucionalmente intangível sua soberania nacional, o Estado brasileiro a mantém tão somente no domínio formal, pois em virtude de um setorizado crescimento e desenvolvimento econômico (construção e reforma de estádios de futebol) submeteu-se aos interesses de uma poderosa organização privada.

Consideradas as observações até o momento apresentadas, poder-se-ia ao menos constatar que nenhuma proposta concreta ou prudente de organização plausível dos interesses da FIFA e o propósito maior da atividade econômica brasileira foram concebidos de forma plácida e suave. Isto porque uma das características de todas as políticas econômicas é de procurar combater externalidades, sejam elas positivas ou negativas utilizando medidas que retratem a ideologia política predominante no país ou na arena global.

No instante em que a conversão de um fim ou objetivo de política econômica numa meta definida e examinada com a sagacidade produtiva e voltada ao crescimento, deixa de observar todas as variáveis externas como as exigências da FIFA, instabilidade econômica internacional, fenômenos climáticos dentre outros, a consequência é um contágio a todo o sistema jurídico e econômico de proteção às liberdades, como resta traçado na derradeira polêmica extraída da Lei Geral da Copa, sem prejuízo de outras que no processo de consolidação da norma em comento serão nomeadas. A redação do artigo 11, da Lei nº 12.663/2012 confere arrimo a uma lastimosa e prejudicial intervenção do Estado na economia, disparando um tiro certo à liberdade de iniciativa.

O *caput* do famigerado artigo transmite a conquista da plenitude protetiva que compele a União em parceria com os demais entes federativos na atividade assecuratória de exclusividade de divulgação de suas marcas, direitos de imagem, venda e consolidação de atividades promocionais. Como se sabe, o Brasil conta com um eficiente catálogo normativo que regula os direitos à propriedade industrial, punindo aqueles que resvalam ou promovem atos de contrafação a um produto já licenciado. Será que o recrudescimento da ação fiscalizatória da Administração Pública pelo aumento do efetivo de fiscais, apoio da polícia militar dos Estados que recepcionarão partidas da Copa do Mundo, ou a formação de grupos de trabalho com envolvimento do Poder Judiciário e Poder Executivo, não seriam suficientes para tranqüilizar e atender o pleito da FIFA? Parece que não.

Quis a entidade máxima do futebol mundial congraçar suas exigências, ainda que para tanto tenha de alterar a dinâmica constitucional de garantias fundamentais. Exemplos cristalinos desta intervenção emergem dos parágrafos 1º e 2º, sendo o primeiro deles disseminador de uma zona de exclusão de 2 km (dois quilômetros), nos quais apenas as empresas subsidiárias ou autorizadas pela FIFA poderão comercializar seus produtos, ao redor dos locais de competição. Já o parágrafo 2º insere na discussão uma norma jurídica de eficácia limitada e pendente da adoção de mecanismo de razoabilidade para sua interpretação, dado que o texto versa sobre a delimitação das áreas de exclusividade relacionadas aos locais oficiais de competição não prejudicará as atividades dos estabelecimentos regularmente em funcionamento, desde que sem qualquer forma de associação aos eventos e observado o disposto no art. 170 da Constituição Federal.

O remate propiciado pela leitura do parágrafo 2º exhibe novamente a condução equivocada dos debates políticos desta lei, talvez devido à falta de coesão entre as lideranças políticas amplamente divulgadas pela mídia, ou talvez como a mais notória predileção pelo cálculo utilitarista como já propagado em etapa anterior do texto. Reconhecer a pertinência e o direito de funcionamento de estabelecimentos que se localizam dentro do ilógico perímetro arquitetado pela FIFA e articulado pela Lei nº 12.663/2012 multiplica o ambiente de insegurança instaurado pelo dispositivo legal, sobrepujando de forma peculiar a compreensão equilibrada da parte final do

parágrafo 2º “... desde que sem qualquer forma de associação aos eventos e observado o disposto no art. 170 da Constituição Federal”.

Nota-se com evidente veemência o anúncio estatal de que pretende com flexibilização principiológica do artigo 170 caput, no aspecto da livre iniciativa intervir na economia, marcadamente impregnada pela iniciativa privada, utilizando para robustecer sua ação da referência doutrinária propagada pelo eminente professor Eros Roberto Grau em brilhante análise da ordem econômica na Constituição de 1988:

“Pretende o capital reservar para sua exploração, como atividade econômica em sentido estrito, todas as matérias que possam ser imediata ou potencialmente, objeto de profícua especulação lucrativa... É a partir deste confronto – do estado em que tal confronto se encontrar, em determinado momento histórico – que se ampliarão ou reduzirão correspectivamente, os âmbitos das atividades econômicas em sentido estrito e dos serviços públicos. Evidentemente, a ampliação ou retração de um ou outro desses campos será função do poder de reivindicação, instrumentado por poder político de um ou outro, capital ou trabalho”.¹³

O alvitre, a ideologia ou a declaração de vontades impositivas grafadas num protocolo de intenções, como o que dera origem à Lei Geral da Copa, todos estes elementos podem à sua maneira interferir na maior ou menor potencialidade interventiva do Estado na economia, em conformidade com o cometimento doutrinário revelado acima. Para que o Estado não assuma uma cada vez mais freqüente postura absolutista em setores do mercado originariamente voltados à iniciativa privada, mais coerente seria não aproximar suas políticas econômicas ao sabor adaptativo da história humana exclusivamente, mas sim enxergar na Constituição Federal uma plataforma de interesses humanos nas mais variadas atividades (econômicas e empresariais inclusive) que não merecem permanecer ocultos ou subjugados ao sopro de interesses efêmeros.

A degeneração constitucional apurada da compreensão do parágrafo 2º do artigo 11 invoca uma contínua vigilância dos operadores do direito e dos consumidores

¹³ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 147.

de maneira geral a possíveis atos limitadores da concorrência perfeita, norteadora dos mercados economicamente equilibrados. Evitar a comercialização de bebidas, comidas, peça de vestuário ou quaisquer outros produtos que permitam associação com a entidade organizadora do evento Copa do Mundo, alude aos mais retrógrados regimes políticos de abuso e intolerância a agentes econômicos que exercem sua liberdade individual de produção, circulação e distribuição imaculada de riquezas. Assenhorando-se de argumentos plausíveis à irrefutável valorização do princípio da livre iniciativa André Carvalho Nogueira empreende uma significação deste princípio, atestando que este “se coloca como regra geral, significando que não somente os indivíduos têm permissão geral para realizarem atividades econômicas, como também a Constituição estabelece uma preferência geral a favor da atividade econômica privada, em detrimento da atividade econômica estatal.”¹⁴

Finalmente almejou-se de forma sóbria e equilibrada, discutir algumas políticas econômicas legitimadas por duas importantes normas jurídicas, uma delas considerada inclusive como o marco legal da realização da Copa do Mundo do Brasil. Apenas com o desenrolar do comportamento dos múltiplos agentes econômicos tendentes a desenvolver uma miríade de atividades econômicas nos mais diversos mercados relevantes é que poder-se-á apurar num horizonte próximo, a eficiência ou não do complexo legislativo editado. Contudo quando se propõe uma integração econômica de longo alcance e capaz de deixar um legado positivo de obras de infraestrutura, mobilidade urbana e pulverização de atividades no setor de serviços, qualquer descontrole no plano decisório da Administração Pública dificultará a elevação do coeficiente de capital e conseqüentemente a superação do subdesenvolvimento no Brasil, como principal meta deste milênio.

¹⁴ NOGUEIRA, André Carvalho. **Regulação do poder econômico...**, ob. cit. , p. 221.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do Direito Nacional ao Direito Supranacional**. 2.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

NOGUEIRA, André Carvalho. **Regulação do poder econômico – a liberdade revisitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal**. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

Relatório de gestão – I Balanço da Copa. Disponível em <http://www.copa2014.gov.br/sites/default/files/publicas/sobre-a-copa/biblioteca/balancoCopa2014.pdf>. Acesso em 04 de julho de 2012.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial – As Estruturas**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SEM, Amartya Kumar. **Sobre Ética e Economia**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

_____. **Desigualdade reexaminada**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo. **Desafios atuais da regulação Econômica e concorrência**. São Paulo: Atlas., 2010.

**LEI COMPLEMENTAR Nº 123 E RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO SÓCIO NA
DISSOLUÇÃO IRREGULAR DAS SOCIEDADES LIMITADAS**

Tatiana Aparecida Alves Arantes¹

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. EMPRESA. 1.1. Empresário Individual e Sociedade Empresária . 1.2. Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. 2. OBRIGAÇÕES SOCIAIS E RESPONSABILIDADES. 2.1. Limitação de Responsabilidade e Sociedade Limitada. 2.2. Responsabilidade Tributária dos Sócios de Sociedade Limitada. 2.3. Tratamento Tributário Diferenciado das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. 3. DISSOLUÇÃO SOCIETÁRIA E RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA NA LEI COMPLEMENTAR Nº 123. 3.1. Dissolução Societária e Responsabilidades do Sócio. 3.2. Responsabilidade Tributária. 3.3. Responsabilidade Tributária do Sócio e Lei Complementar Nº 123. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMO: A Lei Complementar nº 123, ao estabelecer o regime tributário diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte, institui a regularização da extinção de fato desses estabelecimentos, independentemente da regularidade dos débitos tributários do empreendimento. Entretanto, o mesmo dispositivo estabelece, para as hipóteses de dissolução de fato, a responsabilidade ilimitada e pessoal dos sócios, especialmente os de sociedade limitada, quanto aos débitos tributários da empresa, independentemente de qualquer conduta dos sócios ou da prévia extinção do patrimônio social. Nesse sentido, a nova legislação entra em contraposição ao primado da separação patrimonial, existente em todos os tipos societários, mormente a sociedade limitada, às regras de responsabilização tributária dos sócios dispostas no CTN, que exigem a realização de uma conduta relacionada à obrigação tributária e à própria orientação da Lei Complementar nº 123, que, ao regularizar a dissolução informal, deixa de considerá-la como ato irregular, ou contrário à lei, ensejador de responsabilização dos sócios, criando um evidente paradoxo jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: microempresas, empresas de pequeno porte, sociedade limitada, responsabilidade tributária

ABSTRACT: The Complementary Law No. 123, when establish a differentiated and simplified tax regime for micro and small businesses, provides the settlement of extinction indeed of these establishments, regardless of the regularity of the tax debts of the development. However, the same device establishes, for the

¹Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Especialista em Direito Processual Civil, Penal e Trabalhista pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera. Advogada militante em direito empresarial no período de 2009 e 2010. Servidora do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Professora Assistente do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais *campus* Poços de Caldas.

chances of dissolution of fact, the unlimited liability of the partners, especially those of limited liability company, as the tax debts of the company, regardless of any conduct of members or previous extinction of the corporate assets. Accordingly, the new legislation comes into opposition to the rule of separation of assets, existing in all types of companies, especially the limited liability company, the rules of tax liability of the partners arranged in CTN, which require the completion of a behavior and related tax obligation the actual orientation of Complementary Law No. 123, which, when regularize the informal dissolution, ceases to act as it considers irregular, or contrary to law, the one who gives responsibility to the partners, creating a clear legal paradox.

KEYWORDS: microenterprises, small businesses, limited liability company, tax liability

INTRODUÇÃO

O homem, enquanto ser social, sempre viveu conflitos em função de suas infinitas necessidades - naturais ou culturais - e da escassez de recursos que as possam satisfazer. A ciência econômica surge justamente para procurar solucionar a carência de recursos de toda a sociedade². Nesse sentido, a atividade econômica que, por excelência, promove a satisfação das necessidades sociais mediante a circulação dos bens e serviços é a empresa.

Ao ensejo, com o escopo de potencializar e melhorar resultados econômicos, o ser humano se utilizou de sua natureza eminentemente associativa ao exercer a atividade empresarial, criando a figura da sociedade, cuja evolução se viabilizou com regramentos jurídicos de proteção e incentivo à matéria.

A tributação, principal fonte de receita estatal, é forma de intervenção que repercute significativamente na economia, uma vez que cria facilidades e/ou dificuldades para o exercício das atividades empresariais. Ademais, a imposição tributária é fator de rejeição social pois, acompanhada de rígida fiscalização e burocratização demasiada, é geralmente desmedida e constitui óbice para o

² ELALI, André; ZARANZA, Evandro. Indução econômica por meio da tributação. Incentivos fiscais nas microrregiões. Aspectos pontuais da Lei 11.196/2005. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo, n.71, p. 7- 24, jan/fev. 2007, p. 8.

crescimento econômico em tempos de concorrência mundial³, o que se sorna especialmente pernicioso para os pequenos empreendimentos empresariais, em geral possuidores de reduzida possibilidade de suportar o tais ônus em função da pouca disponibilidade de capital que detém se comparados às empresas de maior porte.

Entretanto, as microempresas e as empresas de pequeno porte guardam relevância no contexto econômico nacional, pois participam de 99,2% dos cerca de 4,918 milhões de empresas, segundo dados do ano de 2002 divulgados pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística)⁴. Aliás, segundo dados do BNDES, esses estabelecimentos participam com 43% da renda total dos setores industrial, comercial e de serviços, com receitas que totalizaram, no ano de 2001, as significativas quantias de R\$168 bilhões e 200 milhões, respectivamente⁵.

Na economia informal, a sua participação é ainda mais robusta, haja vista que o Ecinf (pesquisa de Economia Informal Urbana) de 2003 realizado pelo IBGE identificou mais de 10,5 milhões de pequenos empreendimentos no Brasil⁶.

Outrossim, os pequenos empreendimentos agregam relevantes valores sociais, como geração de emprego e renda já que constituem fator de ocupação de 65% dos postos de serviços no país, conforme dados divulgados pelo SEBRAE (Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas)⁷. De fato, cerca de 1 milhão e 100 mil desses estabelecimentos são do tipo empregadores⁸, isto é, registram pelo menos uma

³ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Obrigações acessórias tributárias e a disciplina jurídica da concorrência*, apud ELALI, André; ZARANZA, Evandro. Indução econômica por meio da tributação. Incentivos fiscais nas microrregiões. Aspectos pontuais da Lei 11.196/2005. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo, n.71, p. 7-24, jan/fev. 2007, p. 11.

⁴ SEBRAE: banco de dados preparado por Sebrae. WWW.SEBRAE.ORG.BR. Disponível em <http://www.sebrae.org.br/br/osebrae/osebrae.asp>. Acesso em 04 de Abril de 2007.

⁵ MAGALHÃES JÚNIOR, Jutahy, *Justificação do projeto de Lei Complementar nº 123*. Câmara dos Deputados. Deputado. Disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/193056.pdf>. Acesso em 15 de abril de 2007.

⁶ ECONOMIA INFORMAL URBANA: banco de dados preparado por IBGE e SEBRAE. In: WWW.IBGE.GOV.BR. No ar desde 2003. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/ecinf/2003/ecinf2003.pdf>. Acesso em 09 de Abril de 2007.

⁷ LEITE, Harisson Ferreira. *Simples: redução da carga tributária ou falácia*. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo, n. 63, p. 37-54, jul/ago. 2005, p. 39.

⁸ MAGALHÃES JÚNIOR, Jutahy. ob. cit.

pessoa como empregado, sendo responsáveis por 65% dos postos de emprego criados no Brasil, conforme dados de SEBRAE divulgados em 2002⁹.

Não obstante tamanha importância, as microempresas e empresas de pequeno porte enfrentam problemas como ausência de recursos, falta de planejamento econômico, financeiro e tributário. A fragilidade desse setor, aliada à carga tributária excessiva (o setor empresarial brasileiro recolhe mais de 50 tributos¹⁰) e aos entraves burocráticos para a formalização das empresas (os processos de inscrição e baixa nos cadastros oficiais exigem a apresentação repetitiva de mais de 90 documentos a 12 órgãos governamentais¹¹) favorece o insucesso e a mortalidade da pequena atividade empresarial.

Nesse sentido, a Constituição Federal, ao instituir a livre iniciativa como fundamento do Estado Democrático de Direito, a corrobora estabelecendo o princípio tributário da igualdade, que obriga a instituição de tratamento tributário igual para contribuintes em situação equivalente e desigual para os que se encontrem em situações econômicas distintas¹². Nesse sentido, a norma magna faz remissão à necessidade de tratamento tributário diferenciado e favorecido para microempresas e empresas de pequeno porte, tendo em vista as dificuldades burocráticas e onerosas que estas encontram para concorrer com empresas de médio e grande porte já consolidadas.

Com efeito, o art. 150, IX da magna carta institui o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte como princípio que possibilite o alcance das finalidades precípua da ordem econômica constitucional, isto é, assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

A Lei Complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2006 - surgida do aprimoramento de legislações anteriores definidoras de tratamentos diferenciados aos pequenos empreendimentos – pretende ir ao encontro da imposição constitucional supracitada com a instituição do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte –

⁹ LEITE, Harisson Ferreira, ob. cit, p.39.

¹⁰ MAGALHÃES JÚNIOR, Jutahy. Ob cit.

¹¹ Idem, ibidem.

¹² Idem, ibidem.

Simplex Nacional¹³ e dispositivos atinentes à simplificação dos procedimentos burocráticos, notadamente quanto à realização das extinções, a que estão sujeitas tais organizações empresariais.

Contudo, tal regramento, embora facilite a realização da baixa das micro e pequenas empresas, também inova as disposições legislativas anteriores no que atine à responsabilidade dos sócios das sociedades limitadas inseridas nesse contexto, especificamente perante os créditos tributários devidos pelas microempresas e empresas de pequeno porte quando de sua extinção.

Assim, o art. 78 da Lei Complementar nº 123, conquanto possibilite a baixa em micro e pequenas empresas independentemente das suas obrigações tributárias, expõe o sócio da pequena sociedade empresária limitada a um risco excessivo, eis que lhe atribui responsabilidade total pelos débitos tributários da sociedade.

Assim, o presente trabalho se propõe a estudar o dispositivo da Lei Complementar nº 123 atinente à responsabilidade tributária de terceiros, especificamente sócios de sociedades limitadas extintas através da dissolução irregular

1. EMPRESA

A conceituação de empresa sempre foi objeto de vacilações doutrinárias, ou, nos dizeres de Carnelutti, um “escabrosíssimo terreno”¹⁴, no qual se verificou grande desorientação legislativa, eis que inúmeros dispositivos legais utilizam o termo em sentidos variados e, na maioria das vezes, sem apoio científico¹⁵.

Doutra banda, Asquini, analisando a complexidade apresentada pelo fenômeno da empresa, concluiu pela impossibilidade de se lhe obter um conceito unitário. Ademais, Ferrara entende que a conceituação de empresa carece de relevância jurídica, eis que

¹³ BRASIL, *Lei Complementar nº123 de 14 de dezembro de 2006*. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.198, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Palácio do Planalto. Legislação. Disponível em <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>. Acesso em 11 de Abril de 2007.

¹⁴ DORIA, Dylson. *Curso de Direito Comercial*. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 45.

¹⁵ BULGARELLI, Waldirio. *Tratado de Direito Empresarial*. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 21.

“os efeitos da empresa não são senão efeitos a cargo do sujeito que a exercita”¹⁶. É o entendimento que parece ser adotado pelo legislador brasileiro que, influenciado pelo Código Civil italiano de 1942, deixa de conceituar a empresa para definir a figura de seu titular, o empresário.

Dessa forma, dentre as várias leituras possíveis, destaca-se o o perfil subjetivo de empresa, que se embasa no empresário, *id est*, quem exercita profissionalmente uma atividade economicamente organizada de produção para a comercialização de bens e serviços ao passo que funcionalmente a empresa é considerada atividade empresarial, ou seja, uma série de operações cujo escopo é realizar a circulação de bens e serviços, organizando o trabalho e o capital.

Nesse sentido, Rubens Requião bem observa que no conceito de empresa surge nítida a idéia de exercício de uma atividade produtiva pois “tanto o capital do empresário como o pessoal que irá trabalhar nada mais são isoladamente do que bens e pessoas. A empresa somente nasce quando se inicia a *atividade* do empresário”¹⁷.

Aliás, tendo em vista que o Código Civil pátrio adota a teoria da empresa através da concepção de empresário, chega-se ao conceito legal de empresa como o de atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços¹⁸. Desta feita, a melhor compreensão do tema exige uma abordagem, ainda que breve, da figura do empresário individual, da sociedade empresária e o exercício da atividade sob a forma de microempresa e empresa de pequeno porte.

1.1. EMPRESÁRIO INDIVIDUAL E SOCIEDADE EMPRESÁRIA

¹⁶ Idem, *ibidem*, p. 56.

¹⁷ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. 27 Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 59-60.

¹⁸ BRUSCATTO, Wilges Ariana. *Empresário individual de responsabilidade limitada*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 85-86.

Estatisticamente, essa é a principal modalidade de exercício da empresa em nosso país na atualidade. De fato, mais da metade das empresas constituídas no Brasil entre os anos de 1985 e 2005 eram firmas individuais¹⁹.

Hodiernamente, fruto da evolução da importância da empresa no exercício das atividades comerciais, o comerciante passou a ser entendido como empresário, isto é, o chefe da empresa, cujo âmbito de atuação deixou de abarcar a tradicional atividade de intermediário entre produtor e consumidor para abarcar também as atividades de produção²⁰ e prestação de serviços.

O Código Comercial francês de 1807 definia, em seu artigo primeiro, os antigos comerciantes como “aqueles que exercem atos de comércio e deles fazem sua profissão habitual”²¹. Ao ensejo, é a conceituação adaptada pelos tratadistas atuais de maneira praticamente uniforme, ao entender por empresário “a pessoa física ou jurídica que, de modo profissional, pratica atos de intermediação com finalidade lucrativa”²².

Por outro lado, tendo em vista que o presente trabalho objetiva refletir sobre a responsabilidade limitada dos sócios em determinadas circunstâncias, necessário se torna uma breve observação sobre a sociedade empresária, já que é exatamente nesse meio que vem se aprimorando a idéia de limitação de responsabilidade.

Fruto da natureza associativa do ser humano, a sociedade surge, primitivamente, da própria evolução histórica das necessidades sociais, que passaram a exigir uma conjugação de esforços e bens para a obtenção de novas formas de produção, cujos proveitos seriam repartidos entre os associados.

Constituída inicialmente de maneira verbal e com base tão somente na qualidade pessoal dos sócios (*intuitu personae*), essa forma de comunhão teve a sua evolução acompanhada e sistematizada pelo direito ao longo dos séculos.

¹⁹De um total de 8.915.890 empresas constituídas no período compreendido entre 1985 e 2005, 4.569.288 eram firmas individuais. CONSTITUIÇÃO DE EMPRESAS POR TIPO JURÍDICO: banco de dados preparado por Departamento Nacional de Registro de Comércio – DNRC . *in* Departamento Nacional de Registro de Comércio – DNRC. Estatísticas. Disponível em <http://www.dnrc.gov.br/ESTATISTICAS/Caep0100.htm>. Acesso em 11 de março de 2008.

²⁰Idem, *ibidem*.

²¹REQUIÃO, ob. cit., p. 80.

²²DORIA, Dylson. ob. cit., p. 56.

No que tange à conceituação, a legislação material genericamente atribui à sociedade, embasada no artigo 981 do Código Civil, a sociedade empresária a definição de ser a união de duas ou mais pessoas, que congregam capital e trabalho, para o empreendimento de atividade empresarial²³. Entretanto, forçoso observar que a sociedade, empresária ou simples, somente poderá atuar regularmente se houver o registro do ato que a constitui no órgão competente, o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, a cargo da Junta Comercial ou o Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

Doutra banda, por formarem uma entidade corpórea à parte, absolutamente distinta das pessoas que a integram, as sociedades empresárias são reconhecidas pelo ordenamento jurídico como pessoas jurídicas²⁴ de direito privado com autonomia patrimonial, capacidade negocial e processual. Portanto, equiparadas às pessoas físicas, são as próprias sociedades empresárias (e não os seus sócios) sujeitos de direito, ou seja, empresários, que podem, especialmente, exercer a sua atividade através de empreendimentos de micro e pequeno porte, a seguir estudados.

1.2. MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE

Se é certo que as empresas, em função dos valores a elas agregados²⁵, têm um grande valor econômico e social para a coletividade, também é indiscutível a importância dos pequenos empreendimentos no contexto econômico atual²⁶.

²³ BRUSCATO, Wilges Ariana. ob. cit. p. 209.

²⁴ Entende-se pessoa jurídica, nos dizeres de Fábio Ulhoa Coelho, como uma técnica de separação patrimonial em que se atribui personalidade própria ao patrimônio segregado". COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 232.

²⁵ Nesse sentido, pode-se citar, dentre outros valores de significativa importância, a manutenção de postos de trabalho, o recolhimento de tributos, o desenvolvimento de novas tecnologias, a eliminação de dificuldade de acesso a bens e serviços e o progresso que proporcionam ao lugar onde se instalam. BRUSCATO, Wilges Ariana. ob. cit. p. 2.

²⁶ Aliás, interessante atentar para a ilustração de André Silva Spínola, acerca de vários produtos de sucesso criados por empresas de pequeno porte, como o ar condicionado, a lata de aerossol do avião, o helicóptero, o scanner ótico, o marca-passo, o computador pessoal e a câmera instantânea. SPÍNOLA, André Silva. *O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido concedido à microempresa e à empresa de Pequeno Porte. Princípios constitucionais da isonomia e da capacidade contributiva*. Jus Navegandi, Teresina, a 7, n. 62, fev. 2003. disponível em: <http://1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3724> acesso em 05/04/2003.

De fato, as microempresas e empresas de pequeno porte participam ativamente da economia nacional, uma vez que compõem cerca de 30% do PIB (Produto Interno Bruto)²⁷ e representam 99,2% do total de empresas do setor formal urbano²⁸ além de agregarem relevantes valores sociais, como geração de emprego e renda já que cerca de 1 milhão e 100 mil desses estabelecimentos são do tipo empregadores²⁹ (isto é, registram pelo menos uma pessoa como empregado) sendo responsáveis por 65% dos postos de emprego criados no Brasil, conforme dados de SEBRAE divulgados em 2002³⁰.

Doutra banda, a relevância da pequena empresa também se evidencia em âmbito mundial, com o reconhecido papel de oferecer empregabilidade e integração ao mercado interno de diversos Estados. Com efeito, a União Européia, em função do reconhecimento desses valores, recomenda aos seus países membros adequações legislativas que proporcionem às micro e pequenas empresas benefícios no âmbito trabalhista e tributário³¹.

Ademais, o MERCOSUL (Mercado Comum do Sul, bloco econômico formado por países do cone sul do continente americano) também têm caminhado no sentido de oferecer apoio às micro e pequenas empresas com incentivos econômicos e tributários. Assim, o bloco econômico possui resoluções que obrigam seus países integrantes a se concentrarem para criação de linhas de crédito especiais para esse setor, a facilitarem garantias e avais de financiamento, a simplificarem o regime de recolhimento tributário e a diminuir barreiras técnicas e físicas, eliminando burocracias administrativas para o controle da atividade fiscal.³²

No Brasil, importância social e econômica dos pequenos empreendimentos no cenário econômico nacional impulsionou o legislador constituinte a inserir esta preocupação entre as bases do sistema econômico brasileiro.

²⁷ LEITE, Harisson Ferreira, ob. Cit, p. 39.

²⁸ Segundo o conceito setor formal urbano do SEBRAE, estão excluídas as empresas do setor do governo.

²⁹ MAGALHÃES JÚNIOR, Jutahy, ob. cit.

³⁰ LEITE, Harisson Ferreira, ob. cit, p.39.

³¹ MEZIARA JUNIOR, Luiz Gonzaga. Dimensão das micro e pequenas empresas na realidade brasileira. IPDCI. Disponível em:<<http://www.ipdci.org.br/revista/arquivo/017.htm>. Acesso em 15 de abril de 2007.

³² Idem, ibidem.

Nesse sentido, observa-se a existência de previsão constitucional do tema³³, o que não suscita dúvidas da importância desses empreendimentos no sistema econômico pois, como bem observa Paulo de Barros Carvalho, ao produzir a norma, no caso de magnitude constitucional, “o legislador deverá mobilizar, ao máximo, as estimativas, crenças e sentimentos do destinatário, de tal modo que o faça inclinar-se ao cumprimento da conduta prescrita” para que se resolva a eficácia social desta³⁴.

Aliás a mesma importância se denota quando a Lei Maior eleva o disposto no inciso IX do artigo 170 à categoria de *princípio constitucional* que, somado à valorização do trabalho humano e à livre iniciativa visam a propiciar a justiça social e a dignidade da existência humana. Com efeito, conferir ao tema semelhante *status* corresponde a lhe atribuir, como preleciona Geraldo Ataliba, a expressão da substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios³⁵ assumindo o papel de linhas mestras do ordenamento jurídico, que apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos poderes constituídos³⁶.

Nesse diapasão e em decorrência dos princípios insculpidos no artigo 170, surge o artigo 179 da Constituição como forma de intervenção do poder estatal na economia através da redução dos procedimentos burocráticos exigidos e cujo cumprimento não possui o pequeno empresário condições de satisfazer (o que acentua a tendência da

³³ Assim, dispõem os artigos 170, IX e 179 da Carta Magna:

“Art. 170 A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.(...)”

Art. 179 A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei³³

³⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. Ob. cit. p. 45.

³⁵ ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001 *apud* GURGEL, Tânia. *Simples nacional: um estudo de viabilidade*. Revista Tributária e de Finanças Públicas. Revista dos Tribunais. São Paulo. n. 72. p. 254-267. out. 2007.

³⁶ De conseguinte, como bem observa Tânia Gurgel, “o tratamento diferenciado devido às microempresas e empresas de pequeno porte não é uma opção discricionária do legislador (federal, estadual, distrital ou municipal), pelo contrário, é um mandamento constitucional ao qual os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo não podem se desrespeitar”. Idem, *ibidem*.

passagem deste à clandestinidade ou à economia informal)³⁷, além de lhes instituir tratamento favorecido³⁸.

Outrossim, a concessão de regulamentação diferenciada aos empreendimentos de micro e pequeno porte vai ao encontro do que dispõe o postulado constitucional da igualdade, disposto no *caput* do artigo quinto³⁹ e que exige que qualquer discriminação legal somente seja estipulada em função dos interesses constitucionalmente protegidos⁴⁰.

De fato, como visto, a valorização e a importância social desse segmento empresarial se mostra ostensiva na realidade atual e é corroborada constitucionalmente através dos dispositivos mencionados alhures, o que justifica satisfatoriamente a adoção de um tratamento diferenciado, compatível com a isonomia. Nesse sentido, a discussão e o estudo sobre as microempresas e empresas de pequeno porte, bem como sobre a responsabilidade dos sócios quotistas desses estabelecimentos empresariais⁴¹, assume similar relevância no cenário econômico e jurídico atual.

2. OBRIGAÇÕES SOCIAIS E RESPONSABILIDADES

O melhor entendimento da responsabilidade tributária do sócio em hipótese de dissolução irregular de microempresas e empresas de pequeno porte cujo tipo societário é limitado requer uma análise acerca consequente limitação da responsabilidade bem como da responsabilidade tributária de seus sócios,

³⁷ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo:Saraiva, 1988. v. 7. p. 187-188.

³⁸ O tratamento favorecido, consoante Mariano Baena de Alcazar, corresponde ao antigo fomento, “que consiste em proteger, estimular, promover, apoiar, favorecer e auxiliar, sem empregar meios coativos, as atividades particulares que satisfaçam necessidades ou conveniências de caráter geral. ALCAZAR, Mariano Baena de. *Régimen Jurídico de la Intervención Istrativa en la Economía*. Madri, Tecnos, 1996 *apud* SPÍNOLA, André Silva. *ob. cit.*

³⁹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. BRASIL, *Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 216.

⁴¹ Consoante mencionado alhures, há de se observar que, similarmente a tendência do empresariado nacional, as microempresas e empresas de pequeno porte também adotam, em sua maioria, a forma de sociedade limitada.

especialmente no que atine ao tratamento diferenciado oferecido pela Lei Complementar nº123.

2.1. LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE E SOCIEDADE LIMITADA

A limitação da responsabilidade através da sociedade limitada, exceção legal à regra de responsabilidade ilimitada, surge na Alemanha⁴² de 1892 como uma alternativa legal aos pesados riscos que o exercício empresarial de até então ofereciam à maioria dos empreendedores.

Nesse diapasão, surge a limitação de responsabilidade para que se pudesse atenuar os riscos da atividade empresarial, extremamente pesados principalmente em função da influência de fatores externos, como decisões do poder público, que não só fogem ao controle do empresário como também podem prejudicar substancialmente o exercício da empresa⁴³.

Esse princípio da limitação de responsabilidade, decorrente da separação patrimonial de sócios e pessoas jurídicas, com a demarcação de um patrimônio separado destinado à garantia dos credores se implantou em um tipo social com marcante vínculo *intuitu personae*, (repousado na confiança e experiência das pessoas dos sócios, que inclusive participavam da administração sem que por isso tivessem de responder ilimitadamente pelas obrigações sociais), o que proporcionou sensível desenvolvimento do setor empresarial e econômico da época, eis que refletiu a somatória dos fatores benéficos tanto das sociedades de capitais quanto das sociedades de pessoas.

Aliás, desde a sua adoção pelo Decreto nº 3.708/1919 até a sua atual regulamentação pelo Código Civil em vigor, o tipo societário tem recebido similar aceitação no contexto econômico brasileiro em função de atrativos como a

⁴² Cabe atentar para a observação de Waldirio Bulgarelli que, em que pese tenha a sociedade limitada surgido *legislativamente* na Alemanha, os seus elementos formadores remontam a uma formação anterior, ocasionada na Inglaterra em função dos costumes que criaram a *private company*, que, embora entendida uma uma deformação das sociedades anônimas, se destinava a pequenos grupos de pessoas e admitia a limitação da responsabilidade dos sócios. BULGARELLI, Waldirio. ob. cit. p. 116.

⁴³ BRUSCATO, Wilges Ariana. ob. cit. p. 183-184.

simplicidade de formação, operacionalização mais acessível financeiramente, liberdade de escolha do nome empresarial (que pode ser firma ou denominação) e, principalmente, a limitação da responsabilidade de todos os sócios ao total do capital social⁴⁴. Com efeito, do total de empresas constituídas no Brasil entre os anos de 1985 e 2005, 4.300.257 são sociedades limitadas, ao passo que os demais tipos societários somam somente 24.614⁴⁵.

No regime de responsabilidade desse tipo societário, o ato constitutivo determina o limite da responsabilidade dos sócios, haja vista que estes responderão, solidariamente⁴⁶, apenas pela importância total do capital social⁴⁷. Assim, uma vez integralizado o capital social, do patrimônio pessoal do sócio não pode ser cobrada nenhuma responsabilidade pelas obrigações sociais, ainda que restem dívidas depois de consumidos todos os recursos patrimoniais da sociedade devedora⁴⁸. De fato, em que pese se trate de questão que ainda comporta divergências, a maioria da doutrina e jurisprudência tem entendido que, ainda que haja a redução do capital social após a sua integralização em decorrência de operações ou fatos de insucesso para a sociedade, não poderão ser obrigados os sócios a compor a parte desfalcada⁴⁹.

Nesse sentido, quanto ao sócio que administra a sociedade, como bem observa Fábio Ulhoa Coelho, inobstante grande parte da doutrina comente a responsabilidade do sócio-gerente da sociedade limitada como se fosse diferente da responsabilidade dos demais sócios, forçoso admitir que, tal qual estes últimos, o sócio-gerente ou

⁴⁴ Idem, *ibidem*, p. 225.

⁴⁵ CONSTITUIÇÃO DE EMPRESAS POR TIPO JURÍDICO: banco de dados preparado por Departamento Nacional de Registro de Comércio – DNRC . *in* Departamento Nacional de Registro de Comércio – DNRC. Estatísticas. Disponível em <http://www.dnrc.gov.br/ESTATISTICAS/Caep0100.htm>. Acesso em 11 de março de 2008.

⁴⁶ Nos dizeres de Waldirio Bulgarelli, “isto quer dizer que os sócios, cada um *de per se*, são responsáveis solidariamente pelas quotas subscritas pelos outros sócios, quando não integralizadas”. BULGARELLI, *ob. cit.* p. 115.

⁴⁷ Entretanto, o limite da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais desse tipo societário não é o mesmo em todo o mundo. Na legislação colombiana, por exemplo, a responsabilidade de cada sócio é limitada a sua cota, apenas. ABRÃO, Nelson. *Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 33.

⁴⁸ Aliás, é o que se deduz da leitura dos artigos 1.024 do Código Civil, e 596 do Código de Processo Civil, este último transcrito “os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei; o sócio, demandado pelo pagamento da dívida, tem direito a exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade”. BRASIL, *Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁴⁹ MARTINS, Fran. *ob. cit.* p. 256.

administrador não possui nenhuma responsabilidade além dos limites do total do capital social até porque, se omissos o ato institutivo, todos os sócios poderão exercer essa atribuição⁵⁰.

Contudo, insta salientar que, com esse meio de controle dos riscos, o direito positivo efetivamente incentivou o exercício da atividade empresarial e o conseqüente desenvolvimento econômico sem que, no entanto, acarretasse prejuízo aos credores das determinadas sociedades, pois para que a sociedade limitada surta todos os seus efeitos é necessária a ocorrência de dois pressupostos, quais sejam, a possibilidade de utilização do mesmo tipo societário pelos credores, com os quais a sociedade negocia – o que ocasiona o equilíbrio dos riscos – e o prévio aviso do tipo social adotado pela empresa.

Com efeito, a limitação da responsabilidade dos sócios tem seus efeitos condicionados ao registro do ato constitutivo - que deve conter cláusula específica de limitação da responsabilidade dos sócios à importância do capital social, sob pena de responderem todos ilimitadamente pelas obrigações sociais⁵¹ - na Junta Comercial, além da inserção da palavra “limitada” ao nome empresarial, o que confere publicidade dessa condição a quem eventualmente venha a negociar com essa pessoa jurídica.

2.2. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DOS SÓCIOS DE SOCIEDADE LIMITADA

A responsabilidade específica dos sócios de sociedades de pessoas, especialmente sócios da sociedade limitada, pode ser resultante de substituição legal, estabelecida pelo artigo 135 do mesmo dispositivo, quanto a atos irregulares dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado. De fato, tendo em vista que, quanto ao último caso, a legislação civil considera como pessoas

⁵⁰ LUCENA. José Waldecy. *Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 347.

⁵¹ Idem, *ibidem*, p. 143.

jurídicas de direito privado todas as sociedades empresárias, clara está a abrangência do dispositivo para as sociedades limitadas⁵².

Nesse sentido, há que se observar, quanto à responsabilidade por substituição legal, que se baseia, tradicionalmente, na presunção de que as pessoas indicadas no artigo 135 do CTN, dentre elas os sócios diretores ou gerentes, empregarão o máximo de sua diligência para uma atitude legal em relação ao Fisco. Assim, a prática temerária de atos que tornem impossível o cumprimento da obrigação principal de pagamento de tributos em tempo útil acarretaria não só a solidariedade quanto ao pagamento do tributo, como também quanto aos juros de mora e à multa de caráter estritamente moratório⁵³.

Nesse aspecto, importante ressaltar que a responsabilidade tributária dos sócios é comandada pelo princípio do exercício da gerência⁵⁴, entendido como a responsabilização apenas daqueles que atuem como órgãos da pessoa jurídica (com poderes de gerência, direção ou representação). Dessarte, como a responsabilidade não pode atingir indistintamente a todos os sócios, devem permanecer imunes os patrimônios dos sócios meramente quotistas das sociedades limitadas⁵⁵.

Aliás, a assertiva guarda pertinência com a separação patrimonial característica das sociedades em geral, mormente a limitada, em que não há a comunicação entre os patrimônios das pessoas físicas e da pessoa jurídica, à exceção das deliberações infringentes do contrato social ou da lei que tornam ilimitada a responsabilidade dos sócios que as aprovaram, ou seja, os que possuem poderes de direção.

Por outro lado, cabe observar que a orientação tradicional vem sendo modificada, como se observa pelo entendimento de Hugo de Brito Machado ao estabelecer que não somente a simples condição de sócio não gera a responsabilidade tributária, como também que esta responsabilização não é gerada sequer pela condição de diretor, gerente ou administrador exercida por este⁵⁶. Na realidade, a exceção à regra de não-responsabilização pelos pelos créditos decorrentes de

⁵² ALMEIDA, Amador Paes de. *Execução de Bens dos Sócios*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 120.

⁵³ BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*, 5ª ed. Forense, s.n.t. *apud* idem, *ibidem*.

⁵⁴ Abrão, Nelson. *Ob. cit.* p. 134.

⁵⁵ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Direito Tributário e Financeiro*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 74.

⁵⁶ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*, 26ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.. p. 168.

obrigações tributárias da sociedade só acontece quando caracterizada a somatória de dois fatores, quais sejam, que o sócio seja administrador dos bens da pessoa jurídica e que as referidas dívidas sejam decorrentes de atos praticados com excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatuto.

Ademais, essa infringência de lei, conforme já citado e segundo bem observa José Eduardo Soares de Melo, evidentemente não pode ser entendida como o mero descumprimento de uma obrigação, ou inadimplemento de a um dever, no caso fiscal, até mesmo compreensível devido às gestões e dificuldades empresariais, uma vez que estas são, por excelência, atividades de risco⁵⁷.

Nesse sentido, a infração de lei causadora da responsabilização do sócio-gerente pode se traduzir, conforme entendimento jurisprudencial⁵⁸ e doutrinário majoritário, pela dissolução irregular da sociedade. Assim, com a liquidação dos bens societários sem o processo próprio e inobstante haver débitos tributários, surge a presunção de que os bens foram distribuídos em benefício dos sócios ou dos credores privados, em qualquer caso em detrimento da Fazenda Pública.

No que tange à microempresa e à empresa de pequeno porte, insta salientar a existências de benefícios legais que incentivem tanto o surgimento quanto a dissolução da atividade empresarial, especialmente quanto ao tratamento tributário referente à hipótese de dissolução.

2.3. TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

A Lei Complementar nº123 estabelece, dentre os benefícios concedidos aos micro e pequenos estabelecimentos empresariais, tratamento tributário diferenciado, cujo escopo é respeitar e efetivar a previsão de isonomia disposta especificamente em matéria tributária⁵⁹.

⁵⁷ MELO, José Eduardo Soares de. *Curso de Direito Tributário*. 6ª Ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 249.

⁵⁸ ALMEIDA, Amador Paes de. ob. cit. p. 121.

⁵⁹ Sobre essa matéria dispõe o artigo 150, II “é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir tratamento desigual entre os contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos e direitos”. BRASIL, *Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 2006

De fato, a concessão de benefícios a esse setor da economia não somente é plausível juridicamente como é de extrema necessidade, quer porque seja notório que os pequenos empreendimentos não se encontram na mesma situação das grandes empresas (uma vez que a desigualdade econômica é dado inegável do sistema capitalista)⁶⁰, quer porque a igualdade, no direito tributário, também deva se traduzir de maneira positiva, com a discriminação adequada dos desiguais, na medida de suas desigualdades⁶¹.

Finalmente, há que se observar, como fator de operacionalização da isonomia, o princípio da capacidade contributiva, disposto no artigo 145, § 1º da Constituição Federal⁶². Assim, a efetividade da isonomia tributária, no que atine aos pequenos empreendimentos, se vincula à capacidade contributiva na medida em que tende à personalização dos impostos através da tributação em maior ou menor monta, de acordo com o tamanho das empresas, ou seja, à sua capacidade econômica⁶³.

Nesse sentido e ainda em âmbito constitucional, convém atentar para o disposto no artigo 146, III, d, justificador do diploma legislativo estudado a seguir:

“Art. 146 Cabe à lei complementar:(...) III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: (...) d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239”⁶⁴.

⁶⁰ DERZI, Mizabel de Abreu; COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 62 *apud* SPÍNOLA, André Silva. ob. cit.

⁶¹ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2001 *apud* idem, *ibidem*.

⁶² O artigo 145, § 1º da Constituição Federal dispõe que “sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”. BRASIL, *Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁶³ Aliás, a maior parte dos ordenamentos jurídicos estrangeiros já se utilizam da capacidade contributiva como meio de impor a justiça fiscal. É o que observa André Silva Spínola, exemplificando com a transcrição do artigo 53 da Constituição Federal Italiana “todos são obrigados a participar das despesas públicas em razão de sua capacidade contributiva. O sistema tributário é informado pelo critério da progressividade”. SPÍNOLA, André Silva. Ob. cit.

⁶⁴ Ademais, o parágrafo único do mesmo dispositivo estabelece que “A lei complementar, de que trata o inciso III, d também poderá instituir um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da

3. DISSOLUÇÃO SOCIETÁRIA E RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA NA LEI COMPLEMENTAR Nº 123

A melhor compreensão do tratamento tributário diferenciado que rege o sócio quotista de microempresas e empresas de pequeno porte requer que se realize, ainda que sem a pretensão de esgotamento do tema, um estudo sobre dissolução societária e responsabilidade tributária dos sócios de sociedades limitadas.

3.1. DISSOLUÇÃO SOCIETÁRIA E RESPONSABILIDADES DO SÓCIO

No que atine à responsabilização do titular da atividade empresarial, convém observar que, em várias hipóteses, é decorrente de obrigações impostas legalmente à este último, independentemente do tipo societário adotado, eis que válidas tanto para o empresário individual quanto para a sociedade empresária.

Nesse diapasão, relevante observar, para o estudo em questão, a obrigação secundária ou subsidiária dos sócios de responder pelas obrigações sociais assumidas perante terceiros. Essa subsidiariedade, convém observar, é decorrente da responsabilidade sempre ilimitada da pessoa jurídica que constitui a sociedade, que responde sempre com a totalidade do seu patrimônio para o pagamento de suas obrigações⁶⁵. Assim, somente depois de esgotado o patrimônio social é que se pode falar em responsabilidade, portanto subsidiária, limitada ou ilimitada, dos sócios⁶⁶.

União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observado que: I- será opcional para o contribuinte; II- poderão ser estabelecidas condições de enquadramento diferenciadas por estado; III- o recolhimento será unificado e centralizado e a distribuição da parcela de recursos pertencentes aos respectivos entes federados será imediata, vedada qualquer retenção ou condicionamento; IV- a arrecadação, a fiscalização e a cobrança poderão ser compartilhadas pelos entes federados, adotado cadastro nacional único de contribuintes”. BRASIL, *Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁶⁵ De fato, dispõe o artigo 1.024 do Código Civil que “os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais”. BRASIL, *Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁶⁶ BORGES, Eunápio. p. 286-287. s.n.t. *apud* BULGARELLI, Waldirio. ob. cit. p. 35.

Cumpra-se atentar que, especificamente nas sociedades limitadas, essa obrigação alude especialmente aos sócios quotistas pelo limite que declararam, desde o momento da entrada na sociedade, o como o montante de de sua responsabilidade pelas obrigações e perdas sociais. De fato, os sócios integrantes de sociedades cuja responsabilidade é limitada respondem, em regra, pela importância total do capital social que se comprometeram a integralizar⁶⁷.

Por outro lado, quanto à liquidação das sociedades de pessoas sob o aspecto aos débitos fiscais, o Código Tributário Nacional estabelece, no artigo 134, VII, a responsabilidade solidária dos sócios⁶⁸, que se condiciona à impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal por parte do contribuinte, ou seja, da pessoa jurídica sociedade empresária, bem como a intervenção dos sócios nos atos tributados ou omissão de deveres, na forma da lei fiscal⁶⁹, fato que motiva o estudo sobre os termos em que ocorre a responsabilização tributária dos sócios cotistas de empresas cuja definição seria abrangida pela regulamentação específica de microempresas e empresas de pequeno porte.

3.2. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

A palavra *responsabilidade*, como bem observa Hugo de Brito Machado, “liga-se à idéia de ter alguém de responder pelo descumprimento de um dever jurídico”⁷⁰. Assim, trata-se de uma sanção atribuída, geralmente, a quem cabe cumprir um dever

⁶⁷ Outrossim, também observa Amador Paes de Almeida que “o sócio participante, na sociedade em conta de participação, em razão das características dessa espécie societária, nenhuma responsabilidade possui para com terceiros, já que as operações mercantis são realizadas pelo sócio ostensivo, que comerciando em seu próprio nome, é o único que assume as obrigações”. ALMEIDA, Amador Paes de. Ob. cit. p. 34.

⁶⁸ Aliás, é o entendimento de Fábio Ulhoa Coelho, segundo o artigo 135 III do CTN, que “no tocante aos débitos da sociedade enquadráveis como dívida ativa, de natureza tributária ou não tributária, os sócios gerentes respondem por inadimplemento por parte da sociedade limitada (...) sendo ato administrativo e, portanto, presumivelmente verdadeiro, a Certidão da Dívida Ativa a cargo de sociedade pode ser executada, diretamente, no patrimônio particular do sócio gerente, a quem cabe demonstrar, por embargos do devedor, que o inadimplemento não teria importado em descumprimento de lei ou de contrato”. COELHO, Fábio Ulhoa. ob. cit. p. 148.

⁶⁹ ALMEIDA, Amador Paes de. Ob. cit. p. 39.

⁷⁰ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 159.

que lhe fora imposto ou, em alguns casos, como no direito tributário, até a quem tal obrigação não é imposta.

Com efeito, essa última hipótese é a que ocorre no campo tributário, em que a palavra *responsabilidade* é entendida como a submissão, em virtude de disposição legal expressa, de determinada pessoa que não é o contribuinte, mas está vinculada ao direito do fisco de exigir a prestação decorrente da obrigação tributária⁷¹.

De fato, é o que se pode depreender das disposições gerais sobre responsabilidade tributária estabelecidas no artigo 128 do Código Tributário Nacional, permitindo que a lei atribua, de modo expresse, a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa que não o contribuinte, mas que deve estar, de alguma forma, vinculada ao fato gerador⁷².

Dessarte, o responsável tributário, embora não tenha relação direta e pessoal com o fato gerador da obrigação tributária, se vincula a esta em virtude de disposição legal expressa, assumindo a condição de sujeito passivo sem que seja contribuinte.

Entretanto, convém ressaltar a necessidade, decorrente do princípio da capacidade contributiva, de que o terceiro não-contribuinte somente seja responsável tributário quando estiver vinculado ao fato gerador da obrigação. Assim, como o responsável não é o contribuinte, especificamente nesse contexto tratamos da responsabilidade tributária de terceiros no que diz respeito aos sócios das sociedades de pessoas, especificamente das sociedades limitadas.

3.3. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO SÓCIO E LEI COMPLEMENTAR Nº 123

⁷¹ Além desse conceito específico de responsabilidade tributária, Hugo de Brito Machado anota a existência de um conceito amplo, que seria “a submissão de determinada pessoa, contribuinte ou não, ao direito do fisco de exigir a prestação da obrigação tributária”. *Idem*, *ibidem*.

⁷² É a redação do artigo 128 do CTN “Sem prejuízo do disposto nesse Capítulo, a lei pode atribuir de modo expresse a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo-se a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-se a este em caráter supletivo o cumprimento total ou parcial da referida obrigação”. BRASIL, *Código Tributário Nacional*. Comentado por Lúaudio Camargo Fabretti. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 160.

A Lei Complementar nº 123, de 15 de dezembro de 2006 é decorrente da aprovação do chamado projeto da Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas, cujo objetivo era concentrar, em um só diploma legal, diversos assuntos pertinentes a esses estabelecimentos, para lhes facilitar a operacionalidade.

Nesse sentido, com supedâneo nos dispositivos constitucionais supra-mencionados, a Lei Complementar nº 123 implanta o regime tributário diferenciado para as micro e pequenas empresas, apelidado Supersimples, com aplicação cogente nas esferas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, respeitada a opção do contribuinte.

Todavia, embora não seja o tema tratado, e aliás constitua matéria suficientemente importante para ser objeto de estudo à parte, importante observar que várias críticas vêm sendo feitas ao Super Simples, especialmente quanto à complexidade e confusão de sua redação, fruto das várias emendas sofridas por seu projeto⁷³.

É a opinião de Hugo de Brito Machado, ao criticar o casuísmo e a má redação dos oitenta e nove artigos do novo dispositivo⁷⁴. Aliás, nesse mesmo sentido é o entendimento do Sindicato das Empresas Contábeis do Estado de São Paulo (Sescon-SP), ao alertar que há casos para os quais é mais prejudicial do que o regime normal de tributação, como para os pequenos prestadores de serviços, que contratam poucos funcionários⁷⁵.

Entretanto, primordial para o tema em estudo é observar as facilidades proporcionadas pelo novo regime, também no sentido de simplificação, como a inscrição unificada, bastando a apresentação dos documentos necessários em uma única instância e o registro dos atos constitutivos, de suas alterações e, especialmente, extinções ou baixas, independentemente da regularidade de obrigações tributárias,

⁷³ HARADA, Kioshy. *Estatuto nacional das micro e pequenas empresas*. Jus Navegandi, Teresina, ano 11, n. 1265, 18 dez 2006. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9293>. Acesso em 20 de janeiro de 2008.

⁷⁴ MACHADO, Hugo de Brito. *A identidade da lei Complementar e a Lei do Simples*. Professor Hugo de Brito Machado. Disponível em http://hugomachado.adv.br/imprimir.asp?secao=2&situacao=2&imprimir=2&doc_id=1. Acesso em 05 de abril de 2007.

⁷⁵ SIMPES NACIONAL. ECONOMIA. Diário do Comércio. Disponível em <http://www.nfobip.com.br>. Acesso em 12 de janeiro de 2007.

previdenciárias ou trabalhistas, principais ou acessórias, do empresário, da sociedade, dos sócios, dos administradores ou de empresas de que participem⁷⁶.

A Lei Complementar nº 123, que institui favorecimento legislativo para microempresas e empresas de pequeno porte em diversas áreas jurídicas, especialmente no campo tributário, contém dispositivo no sentido de facilitar e desburocratizar os processos de extinção desses empreendimentos, consolidando a possibilidade de realização da baixa independentemente do cumprimento das obrigações tributárias.

É o que regulamenta o artigo 78, ao estabelecer que

“Art. 78 As microempresas e as empresas de pequeno porte que se encontrarem sem movimento há mais de 3 (três) anos poderão dar baixa nos registros dos órgãos públicos federais, estaduais e municipais, *independentemente do pagamento de débitos tributários*, taxas ou multas devidas pelo atraso na entrega das respectivas declarações nesses períodos”⁷⁷.

De fato, o dispositivo compreende a facilitação da baixa como medida legal no sentido de desonerar o pequeno empresário da manutenção de um corpo pós-morte para funções burocráticas, eis que, ao possibilitar a presunção⁷⁸ de extinção da pessoa jurídica após um determinado período sem movimentação, confere às extinções até

⁷⁶ Entretanto, a lei ressalva as responsabilidades do empresário, dos sócios ou dos administradores por tais obrigações, apuradas antes ou após o ato de extinção e estabelece como obrigações acessórias do optante apresentação de uma declaração de informações anual, a emissão de documentos fiscais, a guarda dos documentos pelo prazo prescricional, e a escrituração do livro caixa, além de outras que possam ser estabelecidas pelo Comitê Gestor. Idem, *ibidem*.

⁷⁷ *Lei Complementar n 123*. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nºs 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Presidência da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp123.htm. Acesso em 21 de abril de 2008. Sem grifo no original.

⁷⁸ É o que dispõem os parágrafos do dispositivo em análise, a saber “§1º Os órgãos referidos no caput deste artigo terão o prazo de 60 (sessenta) dias para efetivas a baixa nos respectivos cadastros. §2º Ultrapassado o prazo previsto no §1º deste artigo sem manifestação do órgão competente, presumir-se-á a baixa dos registros das microempresas e das empresas de pequeno porte”. Idem, *ibidem*.

então irregulares a proteção e regulamentação do ordenamento jurídico no que atine às micro e pequenas empresas.

Dessarte, a dissolução *informal* ou *de fato*, até então tida pelo entendimento jurídico brasileiro como *irregular* e ensejadora da responsabilidade ilimitada dos sócios, eis que entendida como ato contrário à lei, passa a ser regulamentada e, portanto legalizada no que tange às micro e pequenas empresas.

Aliás, parece ser bastante acertado esse aspecto da nova legislação, tendo em vista a situação fática em que se encontram os sócios, gerentes ou não, das micro e pequenas empresas sociedades limitadas, majoritariamente carentes dos recursos financeiros e conhecimentos técnicos necessários à regular extinção da empresa. De fato, se os dirigentes desses empreendimentos, em função da ausência de recursos e dos diversos ônus financeiros e burocráticos, sequer conseguiram o seu intento de empresa em funcionamento, não seria plausível a exigência de que possuíssem as condições financeiras e técnicas para atender aos custos e burocracias atinentes ao procedimento legal de dissolução empresarial.

Nesse sentido, inclusive, o dispositivo parece ir ao encontro de entendimentos doutrinários já citados que não entendem a dissolução de fato e o mero inadimplemento de uma obrigação, no caso, fiscal, como infringência de lei causadora da responsabilização ilimitada, até mesmo por se tratar de situação fática corrente e compreensível devido às dificuldades de gestão empresarial. Aliás, a maioria dessas situações são causadas, mormente, pelo próprio aparelho estatal, quer por seus ônus diretos, como a tributação, quer pelos indiretos, como os custos da infra estrutura contábil e jurídica necessárias ao pagamento dessas obrigações fiscais, eis que o seu cumprimento, em função da burocracia e da obscuridade que geralmente cercam essa imposição, acaba por demandar a realização de gastos com profissionais especializados.

Todavia, ao mesmo tempo em que desonera a empresa quanto à extinção, o dispositivo não adota a mesma postura quanto à responsabilidade dos sócios, haja vista que os passa a onerar excessivamente, estabelecendo, independentemente dos poderes de gerência e do tipo societário adotado, a responsabilidade ilimitada do

patrimônio pessoas dos sócios pelas dívidas societárias. Assim, os parágrafos 3º e 4º do artigo 78 dispõem que

“§3º A baixa, na hipótese prevista neste artigo ou nos demais casos em que venha a ser efetivada, (...) não impede que, posteriormente, sejam lançados ou cobrados impostos, contribuições e respectivas penalidades, decorrentes da simples falta de recolhimento ou da prática, comprovada e apurada em processo administrativo ou judicial, de outras irregularidades praticadas pelos empresários, pelas microempresas, pelas empresas de pequeno porte ou por seus sócios ou administradores, reputando-se como *solidariamente responsáveis, em qualquer das hipóteses referidas neste artigo, os titulares, os sócios* e os administradores do período de ocorrência dos respectivos fatos geradores ou em períodos posteriores.

§4º *Os titulares ou sócios também são solidariamente responsáveis pelos tributos ou contribuições que não tenham sido pagos ou recolhidos, inclusive multa de mora ou de ofício, conforme o caso, e juros de mora*”⁷⁹.

Nesse sentido, observa-se que tal legislação, à guisa de favorecimento, acaba por instituir dispositivo que não só contraria o primado da separação patrimonial entre pessoa jurídica e sócios que a compõem⁸⁰, mormente quanto aos sócios da sociedade limitada, como também desconsidera as normas tributárias atinentes à responsabilização dos sócios, ao instituir a responsabilização automática⁸¹ destes em casos de baixa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁷⁹ Idem, ibidem. Sem grifo no original.

⁸⁰ VETTORATO, Gustavo. *As mudanças na responsabilidade tributária dos sócios com o novo Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte*. Jus Navegandi, Teresina, ano 11, n. 1310, 1 fev. 2007. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9449>. Acesso em 19 de agosto de 2000.

⁸¹ GOMES jr., Vicente Afonso. *Os espinhos do Simples Nacional*. Jus Navegandi, Teresina, ano 11, n. 1489, 30 jul. 2007. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10210>. Acesso em 01 de abril de 2008.

O estudo acerca da responsabilização tributária dos sócios de microempresas ou empresas de pequeno porte em caso de extinção destas não prescinde da análise sobre a natureza da própria empresa (na qual se especificam os pequenos estabelecimentos pelo critério quantitativo) como atividade empresarial, exercida pela figura do empresário, de maneira individual ou societária, com a utilização do estabelecimento, isto é, do patrimônio da sociedade para a responsabilização pelas dívidas por ela contraídas.

Quanto ao exercício coletivo da atividade empresarial, destaca-se a idéia de limitação de responsabilidade, uma vez que se passa estabelecer clara distinção entre a personalidade dos sócios e da sociedade empresária, pessoa jurídica de direito privado, portanto sujeito de direito que, independentemente dos sócios que a compõem, possui autonomia patrimonial e capacidade negocial.

Nesse sentido, dentre os critérios de classificação das sociedades empresárias, destaca-se o atinente ao regime de responsabilidade dos sócios perante terceiros, no qual se enquadra o regime de responsabilidade limitada ao valor total do capital social, aplicado às sociedades limitadas, objeto do estudo em questão. Importante observar tratar-se de responsabilização dos sócios apenas subsidiariamente à responsabilidade ilimitada da sociedade, uma vez que pressupõe o integral comprometimento do patrimônio social e a insuficiência deste para arcar com as obrigações assumidas pela sociedade.

Nesse diapasão, a sociedade limitada surge como fator de desenvolvimento e incentivo à empresa na medida em que atenua os riscos da atividade por proporcionar, além da demarcação de um patrimônio social separado do patrimônio pessoal dos sócios, a delimitação (prévia e anteriormente publicada no nome empresarial, para que quem com esta negocia tenha conhecimento) da responsabilidade solidária de todos estes, apenas quanto ao montante do capital social. Assim, uma vez cumprida a obrigação fundamental dos sócios de contribuição para a formação do capital social, não há que se falar em nenhuma obrigação destes quanto às dívidas sociais, ainda que insuficientes os recursos patrimoniais da sociedade devedora.

Ademais, é esta mesma regra a vigente quanto à responsabilização do sócio-gerente neste tipo societário, apenas com a ressalva de que a prática de atos com

excesso de poderes, violação ao contrato social ou à lei, especialmente decorrente da dissolução irregular da sociedade, leva à responsabilidade solidária e ilimitada condicionada à impossibilidade de cumprimento da obrigação principal pela sociedade empresária contribuinte e à efetiva intervenção dos sócios nos atos tributados dos quais seriam responsáveis.

No campo tributário, a responsabilidade - entendida como a submissão, em virtude de dispositivo legal, de pessoa que não é o contribuinte à exigência fiscal - também se condiciona ao inadimplemento da obrigação principal e à impossibilidade da exigência de seu cumprimento por parte do contribuinte, no caso, a sociedade empresária.

Nesse sentido, uma das possibilidades de responsabilização tributária, que se relaciona aos terceiros, dentre os quais destacam-se os sócios de sociedade limitada, pode ser decorrente de expressa disposição legal instituidora de responsabilidade condicionada à participação ativa destes no fato gerador da obrigação tributária (art. 134 CTN) ou de ou de substituição tributária, com a exclusão do contribuinte e a transferência da responsabilidade à pessoa do sócio. Nesse último caso, também é exigida uma conduta do sócio a ser responsabilizado no sentido de praticar atos irregulares em nome do contribuinte, com excesso de poder ou infração de lei ou contrato social (art. 135 CTN). Ademais, ressalte-se que essa conduta é fundada na intenção do terceiro, no caso o sócio, de auferir benefício próprio em detrimento do contribuinte que representa, o que não autoriza, portanto, a responsabilização tributária do sócio embasada no simples inadimplemento do tributo.

Dessa forma, no caso da sociedade limitada, a responsabilização tributária não somente se restringe aos sócios que atuem como órgãos da pessoa jurídica, com poderes de gerência que possibilitam a realização das condutas descritas (excluindo-se, portanto, os sócios meramente cotistas), como também exige que estas condutas guardem relação com as dívidas objeto da responsabilização. Assim, a hipótese de dissolução irregular da sociedade, também chamada dissolução de fato, autorizaria a responsabilização dos sócios-gerentes de sociedades limitadas por ser entendida como ato contrário à lei, com a venda do patrimônio da empresa em detrimento das

obrigações tributárias devidas, realizada por quem possui poderes administrativos para tanto.

Por outro lado, no caso das atividades empresárias de micro e pequeno porte, em função dos valores econômicos e sociais a elas agregados, e em razão dos postulados constitucionais que inserem a preocupação com o tratamento favorecido desses empreendimentos entre as bases do sistema econômico nacional para a efetivação do princípio da isonomia, instituiu-se uma legislação que reduzisse procedimentos burocráticos e obrigações excessivamente onerosas, especialmente em âmbito tributário, que dificultavam ou mesmo inviabilizavam o desenvolvimento e o sucesso das pequenas iniciativas face às empresas de grande porte, detentoras de capacidade econômica sensivelmente superior.

Nesse sentido, no campo fiscal, a lei Complementar nº 123, com o objetivo de uniformização da legislação até então vigente acerca das micro e pequenas empresas, além de instituir um regime tributário diferenciado a estes empreendimentos também elenca dispositivos no sentido de facilitação da atividade da pequena empresa, no caso exercida por sociedade limitada, notadamente quanto à possibilidade de realização da sua extinção independentemente de estarem satisfeitas as obrigações sociais tributárias.

Com isto, o ordenamento jurídico, reconhecendo a necessidade de um tratamento favorecido, que atenua as dificuldades enfrentadas por empreendimentos frágeis economicamente e vulneráveis às dificuldades burocráticas e obrigacionais que lhes eram impostas, passa a considerar a dissolução de fato das pequenas empresas como fator idôneo para a realização de sua regular extinção, independentemente da regularidade de suas obrigações tributárias.

Assim, relevante observar que, ao possibilitar a extinção da pessoa jurídica micro ou pequena empresária após a simples decorrência de um determinado período sem movimentação, a Lei Complementar n. 123 deixa de considerar, para as hipóteses por ela regulamentadas, a dissolução de fato como irregular, no sentido de contrária à lei. Assim, não mais haveria que se falar em possibilidade de responsabilização tributária dos sócios, ainda que gerentes, desses empreendimentos pela não

observância dos procedimentos que regulamentam a baixa das empresas que representam.

Entretanto, em contradição a essa nova orientação, a legislação em questão, inobstante contribua para a desburocratização do processo de baixa das microempresas e pequenas empresas exercidas por sociedades empresárias limitadas, acaba por instituir aos sócios um regime de responsabilidade distinto das normatizações vigentes, tanto no que atine à regra de limitação de responsabilidade, quanto aos requisitos para a responsabilização tributária de terceiros e mesmo quanto aos seus próprios dispositivos atinentes à regulamentação e legalização da dissolução de fato desses empreendimentos.

De fato, o mesmo dispositivo da Lei Complementar nº 123 que permite a realização da baixa em função tão somente da inatividade da empresa, desconsiderando eventuais obrigações tributárias por ela devidas possibilita que, posteriormente à extinção, sejam lançados ou cobrados impostos e penalidades em detrimento dos sócios, que passam a ser responsabilizados solidariamente em qualquer hipótese de dívida social, inclusive as decorrentes da simples falta de recolhimento.

Observa-se plena contradição entre o dispositivo em questão e o princípio orientador das sociedades, especialmente a limitada, da separação entre o patrimônio da pessoa jurídica da sociedade e o dos sócios que a compõem, uma vez que não faz qualquer menção à necessidade de esgotamento anterior do patrimônio da sociedade extinta, não respeitando a subsidiariedade da responsabilização dos seus sócios.

Ademais, a mesma contradição se destaca quanto às normas atinentes à responsabilização tributária dos sócios, tanto no caso de solidariedade quanto no caso de substituição, uma vez que a instituição da responsabilização automática no caso de micro e pequenas empresas desconsidera a exigência de um comportamento ativo do sócio, que lhe acarrete uma vantagem patrimonial, em detrimento de um ônus causado à sociedade, e que seja relacionado à obrigação objeto de responsabilização. De fato, o novo dispositivo, ao tornar o sócio obrigado independentemente do exercício de poderes de administração da sociedade (sócio-gerente) ou não (sócio quotista), deixa de considerar a exigência do Código Tributário Nacional no sentido que

o terceiro somente pode ser responsabilizado quando mantiver uma conduta relacionada efetivamente à obrigação devida.

Outrossim, o dispositivo acaba por se contradizer, haja vista que, ao mesmo tempo em que deixa de considerar como ato ilegal a realização da dissolução de fato da pequena empresa, inclusive autorizando a sua regularização independentemente do adimplemento das obrigações tributárias por ela devidas, institui a posterior responsabilidade tributária solidária dos seus sócios, o que somente seria admissível, consoante a regulamentação legal alhures estudada, se estes houvessem atuado efetivamente quanto as obrigações de que estariam responsáveis, além da necessidade de que esta atuação fosse contrária à lei, o que, pelo entendimento do novo dispositivo, deixou de abarcar a hipótese de dissolução de fato da sociedade.

Dessarte, a Lei Complementar nº 123, além de contradizer a si própria, e de abalar primados legais há muito sedimentados no ordenamento jurídico pátrio, como a separação patrimonial, limitação da responsabilidade dos sócios, e as condições de responsabilização tributária dos sócios, acaba por ir de encontro com os próprios motivos justificadores da instituição de tratamento distinto ao segmento empresarial de pequeno porte, eis que a responsabilização pessoal e ilimitada do patrimônio pessoal de eventuais sócios acaba por desestimular o investimento em sociedades limitadas empresárias de micro e pequeno porte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Nelson. *Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ALMEIDA, Amador Paes de. *Execução de Bens dos Sócios*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 120.

ALMEIDA, Amador Paes de. *Manual das sociedades comerciais: direito de empresa*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS. *Curso de Direito Tributário da APET*. São Paulo: MP Editora, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 7.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3ª ed. São Paulo: Lejus, 2002.

BRASIL, *Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL, *Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL, *Código Tributário Nacional*. Comentado por Láudio Camargo Fabretti. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

BRASIL, *Código Tributário Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL, *Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL, *Lei Complementar nº123 de 14 de dezembro de 2006*. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.198, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Palácio do Planalto. Legislação. Disponível em <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>. Acesso em 11 de Abril de 2007.

BRASIL. *Leiº 7.256*. Estabelece Normas Integrantes do Estatuto da Microempresa, Relativas ao Tratamento Diferenciado, Simplificado e Favorecido, nos Campos Administrativo, Tributário, Previdenciário, Trabalhista, Crédito e de Desenvolvimento Empresarial. Presidência da República federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7256.htm. Acesso em 14 de abril de 2008.

BRASIL. *Lei nº 9.317*. Dispõe sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte, institui o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES e dá outras providências. Presidência da República federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9317.htm. Acesso em 14 de abril de 2008.

BRASIL. *Lei nº 9.841*. Institui o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, dispondo sobre o tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido previsto nos arts. 170 e 179 da Constituição Federal. Presidência da República Federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9841.htm. Acesso em 14 de abril de 2008.

BRUSCATO, Wilges Ariana. *Empresário individual de responsabilidade limitada*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BULGARELLI, Waldirio. *Tratado de Direito Empresarial*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Saraiva, 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2001.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE REGISTRO DE COMÉRCIO – DNRC. Estatísticas. Disponível em <http://www.dnrc.gov.br/ESTATISTICAS/Caep0100.htm>. Acesso em 11 de março de 2008.

DORIA, Dylson. *Curso de Direito Comercial* 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ECONOMIA INFORMAL URBANA: banco de dados preparado por IBGE e SEBRAE. In: WWW.IBGE.GOV.BR. No ar desde 2003. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/ecinf/2003/ecinf2003.pdf>. Acesso em 09 de Abril de 2007.

ELALI, André; ZARANZA, Evandro. *Indução econômica por meio da tributação. Incentivos fiscais nas microrregiões. Aspectos pontuais da Lei 11.196/2005*. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo, n.71, p. 7- 24, jan/fev. 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 3ª ed. Curitiba:Positivo, 2004.

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1962. v. 6.

GOMES jr., Vicente Afonso. *Os espinhos do Simples Nacional*. Jus Navegandi, Teresina, ano 11, n. 1489, 30 jul. 2007. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10210>. Acesso em 01 de abril de 2008.
GURGEL, Tânia. *Simples nacional: um estudo de viabilidade*. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. n. 72. p. 254-267. out. 2007.

HARADA, Kioshy. *Estatuto nacional das micro e pequenas empresas*. Jus Navegandi, Teresina, ano 11, n. 1265, 18 dez 2006. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9293> . Acesso em 20 de janeiro de 2008.

HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

LEITE, Harisson Ferreira. *Simples: redução da carga tributária ou falácia*. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo, n. 63, p. 37-54, jul/ago. 2005.

LIMA, Irapuã Gonçalves de. *Super Simples: finalmente a uniformização. Vem concursos. Disponível em http://www.vemconcursos.com/opiniao/index.phtml?page_ordem=assunto&page_id=2018* . Acesso em 30 de abril de 2000.

LUCENA. José Waldecy. *Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Direito Tributário e Financeiro*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MACHADO, Hugo de Brito. *A identidade da lei Complementar e a Lei do Simples*. Professor Hugo de Brito Machado. Disponível em http://hugomachado.adv.br/imprimir.asp?secao=2&situacao=2&imprimir=2&doc_id=1 . Acesso em 05 de abril de 2007.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MAGALHÃES JÚNIOR, Jutahy. *Justificação do projeto de Lei Complementar nº 123*. Câmara dos Deputados. Deputado. Disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/193056.pdf> Acesso em 15 de abril de 2005.

MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MARTINS, Ives Gandra. *Sistema Tributário na Constituição de 1988*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva: 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELO, José Eduardo Soares de. *Curso de Direito Tributário*. 6ª ed. São Paulo: Dialética, 2005.

MEZIARA JUNIOR, Luiz Gonzaga. *Dimensão das micro e pequenas empresas na realidade brasileira*. IPDCI. Disponível em: <<http://www.ipdci.org.br/revista/arquivo/017.htm>. Acesso em 15 de abril de 2007.

MURTA, Antônio Carlos Diniz. *Responsabilidade tributária dos Sócios: Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. *As micro e pequenas empresas como propulsoras do desenvolvimento econômico e social. Contribuição para o incremento das atividades econômicas no âmbito do mercosul*. Jus Navegandi, Teresina, a 7, n. 62, fev. 2003. disponível em: <http://1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3724> acesso em 05/04/2003.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404consol.htm. Acesso em 15 de março de 2008.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio Franco da. *Manual de direito financeiro & direito tributário*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SEBRAE. Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. Disponível em http://www.sebrae.com.br/br/aprendasebrae/pessoal_ocupado.asp acesso em 18/10/2005.

SIMPES NACIONAL. ECONOMIA. Diário do Comércio. Disponível em <http://www.nfobip.com.br>. Acesso em 12 de janeiro de 2007.

SPÍNOLA, André Silva. *O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido concedido à microempresa e à empresa de pequeno porte. Princípios constitucionais da isonomia e da capacidade contributiva*. Jus Navegandi. Teresina, a 7. n. 62. fev. 2003. Disponível em <http://www1.jus.com.Br/da/texto.asp/id=3724>. Acesso em 05 de agosto de 2003.

VETTORATO, Gustavo. *As mudanças na responsabilidade tributária dos sócios com o novo Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte*. Jus Navegandi, Teresina, ano 11, n. 1310, 1 fev. 2007. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9449>. Acesso em 19 de agosto de 2000.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

YOSHIKI, Ichihara. *Direito Tributário*. São Paulo: Atlas, 2000.

O PROBLEMA DA TRADUÇÃO DO TERMO FAIRNESS NA OBRA DE JOHN RAWLS*

Gilberto de Andrade Pinto
Virgílio Diniz Carvalho Gonçalves
André Luis Gonçalves**

SUMÁRIO: INTORDUÇÃO. 1. EQUIDADE EM ARISTÓTELES E EM JOHN RAWLS. 2. O PROBLEMA DA TRADUÇÃO. 3. FAIRNESS EM JOHN RAWLS. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Resumo: O presente artigo cuida da adequada compreensão da expressão rawlsiana *justice as fairness* – normalmente traduzida por *justiça como equidade* – no idioma português, contrapondo-a ao sentido filosófico atribuído a *equidade* na obra de Aristóteles.

Palavras-chave: Rawls; Aristóteles; *Fairness*; Equidade; Epiqueia.

Abstract: This article aims to clarify the meaning of Rawls' "justice as fairness", commonly translated into Portuguese as *justiça como equidade* ("justice as equity"), opposing it to the philosophical meaning of equity as defined by Aristotle.

Key words: Rawls; Aristotle; Fairness; Equity; *Epikeia*.

INTRODUÇÃO

O problema que deu origem ao presente artigo surgiu quando, em um de seus encontros, o grupo de pesquisa Ética e Justiça em John Rawls – que, a partir do ano de 2006, desenvolveu no *campus* da PUC Minas, em Arcos, diversos estudos sobre a obra do jusfilósofo norte-americano – deparou com uma nota de rodapé no artigo "Republicanism e liberalismo nas tradições do pensamento político moderno", de autoria do professor Marcelo Cattoni, em que é proposta uma nova tradução da

* Este artigo foi originalmente publicado na coletânea de destaques de iniciação científica da PUC Minas do ano de 2008 – cf. LOBATO, Wolney; SABINO, Cláudia de V. S.; ABREU, João Francisco de (Org.). *Iniciação científica: destaques 2008*. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2009. 709 p. ISBN 9788560778478 (p. 503 a 522) – mas que os autores gostariam de ver reproduzido na revista IndexJur para possibilitar maior acesso ao texto pela divulgação virtual do mesmo.

** Sobre os autores: Gilberto de Andrade Pinto é mestrando em teoria do direito pela PUC Minas; professor da PUC Minas em Arcos. Virgílio Diniz Carvalho Gonçalves é Mestre em teoria do direito pela PUC Minas, professor da PUC Minas em Poços de Caldas; André Luis Gonçalves é Mestre em filosofia pela PUC Campinas, professor da PUC Minas em Arcos.

expressão rawlsiana *fairness*, comumente traduzida como *equidade*. Propõe o prof. Marcelo Cattoni o termo *equanimidade* como sendo o mais adequado para *fairness* em Rawls, diferenciando-o, assim, da *equidade* em Aristóteles.¹ Nas palavras do próprio autor: “Traduzo o termo inglês ‘*fairness*’ por equanimidade e não por equidade, para marcar o contexto não aristotélico da Teoria da Justiça apresentada por John Rawls, uma concepção que se pretende procedimental e não substantivista” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2003, p. 26 [nota de pé da página 21]). Três membros do referido grupo iniciaram imediatamente o aprofundamento do tema que, no final de 2007, ensejou o projeto Probic/Fapemig – à qual gostaríamos de reiterar nossos agradecimentos – aprovado para desenvolvimento no ano de 2008 e que tem neste artigo o principal resultado.

A pesquisa, de caráter bibliográfico, desenvolveu-se partindo da busca pela etimologia das palavras *fair*, *fairness* e *equity*, bem como de seus outros significados no inglês contemporâneo. Num segundo momento, a análise foi ampliada para a compreensão de termos correlatos no latim, grego antigo e português, seguida da leitura de *A theory of justice* – principal obra de John Rawls –, buscando-se a apreensão do significado contextual. Essa compreensão foi comparada à tradução da obra para o português, bem como à compreensão aristotélica de equidade apresentada no livro V da *Ética a Nicômaco* e no livro I, capítulo XIII, de *A arte retórica*.

A proposta inicial era cuidar apenas dos aspectos sintáticos e semânticos envolvidos, o que se provou impossível no decorrer da pesquisa. Sendo que a superação de uma série de impasses apenas pode ser obtida – como se verá – em uma perspectiva pragmática, esta tornou-se a própria base da resposta ao problema da pesquisa e a nova hipótese a ser tratada em outros trabalhos acerca do tema.

Evitando o risco de criarmos novas ambiguidades para além daquela que nos propusemos a tratar – e que encontra suas origens precisamente nas dificuldades que qualquer tradução encerra – optamos por não traduzir algumas das citações em inglês. Tais trechos são, contudo, discutidos de modo a não impedir a compreensão do leitor que desconheça o idioma. As citações em latim e grego antigo são, por sua vez, feitas

¹ Posteriormente, em sua obra *Direito, política e filosofia* o autor segue a mesma orientação. (Cf. CATTONI DE OLIVEIRA, 2007).

no corpo do texto e acompanhadas da tradução em nota de pé de página – e não o contrário, como recomendam os manuais de metodologia – porque nos interessa antes a contextualização original dos temas tratados que o seu conteúdo proposicional. Não pressupomos, dessarte, o conhecimento de qualquer idioma estrangeiro por parte do leitor.

Permitimo-nos, ainda, o uso de um número relativamente grande de fontes virtuais – em especial as de língua inglesa – nem tanto por confiarmos em sua procedência, mas porque pretendíamos apreender as palavras e expressões discutidas em seu uso atual, e não apenas potencial. Nesse sentido, cremos, a linguagem informal e o conteúdo cientificamente duvidoso da *internet* não obstam à sua utilização como fonte de pesquisa.

1- EQUIDADE EM ARISTÓTELES E EM JOHN RAWLS

O primeiro passo que se impõe é constatar a diversidade semântica entre o conceito aristotélico e o conceito rawlsiano de equidade, de modo a justificar a necessidade de uma tradução diferenciada para os dois autores.

Aristóteles define equidade² como sendo a retificação do justo legal. A lei, não por um erro da parte do legislador, mas pela sua própria generalidade, pode gerar, se aplicada de modo inflexível à multiplicidade dos casos singulares específicos, o efeito oposto para o qual foi originalmente estabelecida. Ou seja, sendo “infinita a matéria sobre a qual se deve legislar, e sendo necessário, apesar de tudo, estabelecer leis, é forçoso falar em geral” (ARISTÓTELES, 1959, p. 87).³ A equidade será o mecanismo que coloca nas mãos do árbitro discricionariedade suficiente para aplicar a norma de modo a não causar uma injustiça por meio do próprio justo legal.

A equidade aristotélica nada mais seria, portanto, que “a correção dos rigores da lei” (BITTAR, 2002, p. 116):

² No original: ἐπιείκεια (epieíkeia)

³ *A Arte Retórica*, Livro 1, capítulo XIII.

[...] no tocante aos erros legislativos e demais hipóteses de produção de injustiça decorrente da generalidade no preceito legal aplicado à realidade fática, Aristóteles aponta a utilização do recurso da *epiékheia*, ou seja, da equidade, forma de modelagem dos princípios legais para serem aplicados a sujeitos, concretos, frente à problemática fenomênica a ser resolvida pelo juiz (*dikastés*). (BITTAR, 2003, p. 1056-1057)

Aristóteles percebe, como o perceberia Hans Kelsen dois milênios depois,⁴ que na passagem de uma norma mais geral – a lei, por exemplo – para uma norma mais concreta – como a sentença judicial –, sempre restará uma margem de escolha que caberá à prudência⁵ do intérprete-aplicador preencher.

Se o conceito aristotélico nos remete à correção da lei, a equidade⁶ rawlsiana diz respeito à posição inicial de igualdade das partes contratantes no momento de definir os princípios de justiça que nortearão dada sociedade. Em sua releitura do contratualismo tradicional, Rawls acrescenta o chamado véu de ignorância como artifício hipotético que leva à imparcialidade das partes na posição original,⁷ conquanto estas desconheçam seu real lugar na sociedade:

Uma vez que todos estão numa situação semelhante e ninguém pode designar princípios para favorecer sua condição particular, os princípios de justiça são o resultado de um consenso ou ajuste equitativo. [...] A posição original é, poderíamos dizer, o *status quo* inicial apropriado, e assim os consensos fundamentais nela alcançados são equitativos. Isso explica a propriedade da frase “justiça como equidade”: ela transmite a ideia de que os princípios da justiça são acordados numa situação inicial que é equitativa. (RAWLS, 1997, p. 13-14)

Parece-nos ser possível entender a equidade em Rawls sob dois aspectos: primeiro como *imparcialidade* das partes, que, ignorando na posição inicial suas

⁴ Veja-se a esse respeito, o capítulo VIII da *Teoria pura do direito* kelseniana.

⁵ E é neste ponto que os neoaristotélicos divergem de Kelsen, uma vez que, para este, não é necessariamente a prudência mas juízos políticos de conveniência – fundados no poder e não na razão – que orientarão a escolha do julgador. Para uma análise mais aprofundada e crítica desse ponto, veja-se: FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 260-346 (Capítulos 5 e 6).

⁶ Originalmente *fairness*.

⁷ Na teoria de Rawls, “a posição original de igualdade corresponde ao estado de natureza na teoria tradicional do contrato social” (RAWLS, 1997, p. 13).

próprias condições na sociedade real, são levadas a criar – e é esta a segunda acepção do termo – princípios *consensuais*. Ou seja, tanto as condições para a criação da estrutura básica são equitativas, como a própria estrutura básica da sociedade criada através dessa imparcialidade será equitativa.

Melhor que dizer existem dois aspectos no entendimento da equidade rawlsiana, seria dizer que ela se manifesta em dois momentos. A posição inicial é uma posição de equidade – e é, portanto, justa – porque nenhuma das partes poderá dar, por assim dizer, uma “espiadela” por sob o véu de ignorância e favorecer concepções que a privilegiem. Equidade aqui é *imparcialidade*. Por sua vez, a estrutura básica da sociedade a que se chega através dessa imparcialidade será igualmente equânime – e por isso mesmo justa – porque será o resultado de decisões que podem ser consideradas por todos os membros dessa sociedade como correspondentes às condições que eles mesmos “aceitariam numa situação inicial que incorpore restrições amplamente aceitas e razoáveis à escolha dos princípios” (RAWLS, 1997, p. 14). Equidade neste último sentido é *consenso*.

Destarte, muito embora se utilize em português a expressão *equidade* nas traduções de Aristóteles e Rawls, resta claro que o conceito dessa equidade é diverso nos dois autores. O conceito aristotélico, dizendo respeito à correção da norma pelo aplicador, remete-nos a uma avaliação de justiça da regra a aplicar tendo por base um parâmetro material de moralidade. Já a equidade rawlsiana pretende-se procedimental pura,⁸ na medida em que apenas cria condições formais de escolhas equânimes das partes, sendo que, na posição original, “quaisquer princípios aceitos sejam justos” (RAWLS, 1997, p. 146-147).

2- O PROBLEMA DA TRADUÇÃO

Tercio Sampaio Ferraz Jr. chama a atenção para a diferença existente entre a tradução livre e a tradução fiel:

⁸ Para uma análise crítica da possibilidade de uma teoria procedimental da justiça em Rawls, veja-se: RICOEUR, 1999.

Admitamos que uma língua é um sistema de símbolos (palavras) e relações conforme regras [...]. É um conjunto formado por um repertório (os símbolos) e uma estrutura (as regras de relacionamento). Ora, quando em duas línguas o repertório coincide, costumamos dizer que é possível uma tradução *fiel* – “this is a triangle”, “isto é um triângulo”. Quando é aproximadamente semelhante, dizemos que a tradução é *livre* – “eu sinto saudades de você”, “I miss you”. (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 272-273)

Se temos na expressão inglesa *justice as fairness*, de Rawls, a possibilidade de uma tradução direta do termo *justice* – justiça –, o mesmo não ocorre com *fairness* que, não possuindo no repertório português qualquer coincidência,⁹ não comporta uma tradução fiel.

Fairness é, em princípio, a qualidade daquilo que é *fair* (LONGMAN, 2001, p. 494 [verbetes *fairness*]).¹⁰

*Fair*¹¹ pode ser traduzido como sendo *lindo, limpo, imaculado, impoluto, claro, límpido, aberto, justo, imparcial, legítimo, lícito, honesto, permitido, satisfatório, moderado, médio, sem violência ou fraude* (cf. HOUAISS, 1982, p. 275 [verbetes *fair*]).

Do mesmo modo que temos em português sufixos como *-ez, -eza* e *-ura* formando substantivos a partir de adjetivos – escasso/escassez, triste/tristeza; amargo/amargura, por exemplo (Cf. SAVIOLI, 1995, p. 221-222) –, temos, no inglês, o sufixo *-ness*¹² – chamado *combining form*,¹³ pela gramática – substantivando o adjetivo *fair* em *fairness*. Tanto o é que Antonio Houaiss registra as seguintes acepções para *fairness*: “beleza, formosura, encanto; alvura (da pele); equidade, justiça; imparcialidade; probidade” (HOUAISS, 1982, p. 275 [verbetes *fairness*]).

⁹ A única referência feita por Aurélio Buarque de Holanda é ao anglicismo *fair-play* – jogo limpo (FERREIRA, 1986, p. 752 [verbetes *fair-play*]).

¹⁰ “[...] the quality of being fair”.

¹¹ O dicionário internacional de Cambridge registra as seguintes acepções para *fair*: *right, pale, average, quite large, probable, weather, beautiful, public event* (cf. CAMBRIDGE, 1995, p. 494-495). Como *right*, sentido que nos interessa diretamente, temos como verbete: “fair RIGHT [...] adj. -er, -est treating someone in a way that is right or reasonable, or treating a group of people equally and not allowing personal opinions to influence your judgment” (CAMBRIDGE, 1995, p. 494).

¹² “-ness [...] *combining form* added to adjectives to form nouns which refer to a quality or a condition” (CAMBRIDGE, 1995, p. 949 [verbetes *-ness*]).

¹³ “Combining forms are word beginnings or word endings which can be used to make grammatical forms, to give a particular meaning, or to change the part of speech of a word. In English, the most common combining forms are word endings” (CAMBRIDGE, 1995, p. 262 [verbetes *combining forms*]).

Etimologicamente,¹⁴ *fair* encontra suas raízes mais prováveis no inglês antigo *fæger* – significando *beautiful, pleasant*¹⁵ – no alemão antigo *fagar* – igualmente *beautiful* – e no gótico *fagrs* – *fit*.¹⁶ É interessante notar que os três termos têm conotação estética. Se apenas *fagrs* tem também sentido ético no inglês contemporâneo, tem-no relativamente à equidade aristotélica, em que o julgador terá de *adequar* ou *ajustar* – *fit* – a lei ao caso singular.¹⁷

Neste ponto, não nos será difícil compreender que, em inglês, um dos principais sinônimos de *fairness* seja *equity*. Em todos os dicionários da língua inglesa a que tivemos acesso, há a remissão recíproca entre os termos.

No dicionário etimológico virtual de Douglas Harper,¹⁸ ao buscarmos *fairness*, somos remetidos diretamente à palavra *equity*:

equity c.1315, from O.Fr. equite, from L. æquitatem (nom. æquitas) "equality, conformity, symmetry, fairness," from æquus "even, just, equal." As the name of a system of law, 1591, from Roman naturalis æquitas, the general principles of justice which corrected or supplemented the legal codes. (HARPER, 2001a)

O problema está em que, temos, no inglês, dois termos – *fairness* e *equity* – com o mesmo significado e etimologias diferentes. *Fairness*, não tendo origem no latim ou no grego antigo, tem como sinônimo no inglês *equity*, seu equivalente

¹⁴ fair (adj.) O.E. [Old English] *fæger* "beautiful, pleasant," from P.Gmc. [Proto-Germanic] **fagraz* (cf. O.N.[Old Norse] *fagr*, O.H.G. [Old High German] *fagar* "beautiful", Goth. [Gothic] *fagrs* "fit"), from PIE [Proto-Indo-European]**fag-*. The meaning in ref. to weather (c.1205) preserves the original sense (opposed to foul). Sense of "light complexioned" (1551) reflects tastes in beauty; sense of "free from bias" (c.1340) evolved from another early meaning, "morally pure, unblemished" (c.1175). The sporting senses (fair ball, fair catch etc.) began in 1856. Fair play is from 1595; fair and square is from 1604. Fair-haired in the fig. sense of "darling, favorite" is from 1909. Fairly in the sense of "somewhat" is from 1805; it earlier meant "totally." Fairway (1584) originally meant "navigational channel of a river"; golfing sense is from 1910. First record of fair-weather friends is from 1736 (HARPER, 2001b).

¹⁵ Que podemos traduzir como *belo e agradável*.

¹⁶ Que poderíamos traduzir como *ajustado*.

¹⁷ Veja-se, por exemplo, a tradução feita por H. Rackham, para a edição de Cambridge, da famosa passagem 1137b em que Aristóteles introduz a metáfora da régua de chumbo: In fact this is the reason why things are not all determined by law: it is because there are some cases for which it is impossible to lay down a law, so that a special ordinance becomes necessary. For what is itself indefinite *can* only be measured by an indefinite standard, like the leaden rule used by Lesbian builders; just as that rule is not rigid but can be bent to the shape of the stone, *so a special ordinance is made to fit the circumstances of the case* (ARISTOTLE, 1934, grifo nosso).

¹⁸ Disponível em: <http://www.etymonline.com/>

românico.¹⁹ Daí, quando da tradução para o português, na medida em que não temos um termo de origem anglo-saxônica correspondente, embora tenhamos os termos de origem greco-romana,²⁰ a tradução ter que ser feita de modo aproximado.

A palavra *equidade*, em português, – como seu correspondente inglês *equity* – vem da tradição aristotélica grega e é introduzida ao final do livro V da *Ética a Nicômaco*:

[...] Justiça e Equidade não são idênticas em absoluto, nem genericamente diferentes. [...] Porque a equidade, embora superior a uma espécie de justiça, é justa em si; não é superior à justiça por ser genericamente diferente dela. Por conseguinte, justiça e equidade são a mesma coisa, e ambas são boas, embora a equidade seja melhor. A fonte da dificuldade é que a equidade, embora justa, não é justiça legal, mas sim uma retificação da justiça legal. (ARISTÓTELES, 2002, p. 16)

Consultando o texto grego da passagem, observamos que o termo usado no original é *ἐπιείκεια* (*epieikeia*),²¹ traduzido pelo dicionário grego-português de Isidro Pereira como *conveniência, moderação, equidade, epiqueia, doçura, bondade* (cf. PEREIRA, 1998, p. 210 [verbete *ἐπιείκεια*]).

Existe, portanto, uma tradução ainda mais próxima do grego para *epieikeia*, menos usada, contudo, em nosso vocabulário: *epiqueia*.²²

Aurélio Buarque de Holanda, embora não a coloque como sinônimo de *equidade*, registra: “epiqueia. S.f. 1. Interpretação razoável de lei ou preceito. 2. Fig. Meio-termo; moderação” (FERREIRA, 1986, p. 673 [verbete *epiqueia*]). Parece-nos

¹⁹ Língua românica é aquela que tem suas origens no idioma falado na Roma Antiga, ou seja, o latim.

²⁰ *Equidade e epiqueia*, como veremos nos parágrafos seguintes.

²¹ περι δὲ ἐπιεικείας καὶ τοῦ ἐπιεικοῦς, πῶς ἔχει ἢ μὲν ἐπιείκεια πρὸς δικαιοσύνην τὸ δ' ἐπιεικὲς πρὸς τὸ δίκαιον, ἐχόμενόν ἐστιν εἰπεῖν. οὐτε γὰρ ὡς ταῦτόν ἀπλῶς οὐθ' ὡς ἕτερον τῷ γένει φαίνεται σκοποῦμενοι· καὶ ὅτ' ἐπιεικὲς ἐπαινοῦμεν καὶ ἄνδρα τὸν τοιοῦτον, ὥστε καὶ ἐπὶ τὰ ἄλλα ἐπαινοῦντες μεταφέρομεν ἀντὶ τοῦ ἀγαθοῦ, τὸ ἐπιεικέστερον ὅτι βέλτιον δηλοῦντες· ὅτ' ἐπιεικὲς ἀκολουθοῦσι φαίνεται ἄτοπον εἰ τὸ ἐπιεικὲς παρὰ τὸ δίκαιόν τι ὄν ἐπαινετόν ἐστιν· ἢ γὰρ τὸ δίκαιον οὐ σπουδαῖον, ἢ τὸ ἐπιεικὲς οὐ δίκαιον, εἰ ἄλλο· ἢ εἰ ἄμφω σπουδαῖα, ταῦτόν ἐστιν. ἢ μὲν οὖν ἀπορία σχεδὸν συμβαίνει διὰ ταῦτα περὶ τὸ ἐπιεικὲς, ἔχει δ' ἅπαντα τρόπον τινὰ ὀρθῶς καὶ οὐδὲν ὑπεναντίον ἑαυτοῖς· τό τε γὰρ ἐπιεικὲς δικαίου τινὸς ὄν βέλτιόν ἐστι δίκαιον, καὶ οὐχ ὡς ἄλλο τι γένος ὄν βέλτιόν ἐστι τοῦ δικαίου (ARISTOTLE, 1836, p. 206-207 [(1137a - 1137b)]).

²² Abbagnano registra *epiqueia* como sendo sinônimo de *equidade* (1999, p. 338 [verbete *epiqueia*]).

difícil uma definição mais aristotélica que essa, conquanto diga respeito não só ao sentido imediato de adequação razoável da lei, como também ao sentido maior de que, segundo Aristóteles, essa adequação deve estar impregnada: a prudência ou moderação do julgador.²³

A utilização em português de *equidade*, e não de *epiqueia*, deve-se, possivelmente, à influência dos aristotélicos medievais que empregaram o equivalente latino *aequitas*. Santo Tomás de Aquino, ao discutir a *epieíkeia* faz a transliteração do termo – *epicheia* – mas acaba por afirmar que esta não é senão o que em latim se chama *aequitas*. A explicação apresentada na *Summa Theologica* é quase idêntica à aristotélica, e toma mesmo por base o Livro V da *Ética a Nicômaco* ao afirmar que a *epichea* é uma virtude:

[...] cum de legibus ageretur, quia humani actus, de quibus leges dantur, in singularibus contingentibus consistunt, quae infinitis modis variari possunt; non fuit possibile aliquam regulam legis institui quae in nullo casu deficeret; sed legislatores attendunt ad id quod in pluribus accidit, secundum hoc legem ferentes; quam tamen in aliquibus casibus servare est contra aequalitatem iustitiae, et contra bonum commune, quod lex intendit [...]. In his ergo et similibus casibus malum esset sequi legem positam; bonum autem est, praetermissis verbis legis, sequi id quod poscit iustitiae ratio et communis utilitas. *Et ad hoc ordinatur epicheia, quae apud nos dicitur aequitas.* (AQUINATIS, 1859, p. 880, grifo nosso)²⁴

Encontramos em alguns textos de língua inglesa – notadamente de teologia e de direito – a palavra *epikeia*, mas encontramos-la apenas como transliteração do termo grego, não figurando nos dicionários a que tivemos acesso. Não tem, assim, *epieíkeia* qualquer correspondente direto em inglês, sendo *equity* – pela sua origem etimológica latina – o termo mais próximo no inglês.

²³ Ou, no grego, φρόνησις (*phrónesis*), traduzido pelos romanos como *prudentia* e que gerou a própria base da ciência jurídica até a modernidade; a *iurisprudentia*.

²⁴ Ao que traduzimos: “[...] quando se trata das leis, uma vez que os atos humanos, sobre os quais as leis dispõem, consistem em contingências singulares, possuindo infinitos modos e variações, não será possível estabelecer critérios legais que se apliquem a casos individuais. Assim, os legisladores se fixarão naquilo que comumente ocorre muito embora, se aplicada a certos casos específicos, a lei contrariará a equidade da justiça, e o bem comum a que tenciona [...]. Neste e em casos semelhantes, é mau seguir o que a lei estabelece, sendo bom pôr de lado a letra da lei, e seguir a medida do justo e do bem comum. *E é esse o objeto da epicheia, entre nós chamada equidade.*”

A língua inglesa, embora de origem bárbara, contém em seu vocabulário – pela inevitável influência da cultura greco-romana – uma boa medida de termos derivados do latim e do grego antigo. Ressalve-se, contudo, que, entre os usuários nativos do inglês, há uma preferência natural pelo uso das palavras de origem anglo-saxônica, porque estas formam a própria base do idioma. Desse modo, termos do inglês contemporâneo derivados do latim como *inferno* e *journal*, são preteridos, no uso coloquial, por *hell*²⁵ e *newspaper*,²⁶ e termos de origem grega como *epistemology* ou *agnostic* ficarão restritos ao vocabulário técnico da ciência e, principalmente, da filosofia, quase não sendo encontrados na linguagem informal.²⁷

Portanto, não parecerá paradoxal para nós, cujo primeiro idioma é o português, que um texto em inglês erudito nos seja mais facilmente compreensível, ao menos em termos de vocabulário – já que a regra não se estende ao uso da gramática –, que outro em linguagem coloquial. Tal constatação, aliás, verifica-se não só no inglês, mas em todos os idiomas que sofreram influência direta ou indireta do grego e do latim: todos eles serão muito mais próximos em seu uso formal ou erudito que em seu uso coloquial ou vulgar.

Em termos de tradução, diríamos que o repertório dos idiomas influenciados pelo latim e pelo grego é tanto mais coincidente quanto nos aproximamos de seu uso técnico-erudito e tanto mais dissidente quanto nos aproximamos de seu uso vulgar ou informal. Note-se, neste ponto, não por um acaso, como o exemplo dado por Tercio Sampaio Ferraz Jr., e que transcrevemos no início do item “O problema da tradução” – supra – para ilustrar a possibilidade da tradução fiel, toma por referência uma proposição técnica: *Isto é um triângulo*. Já a proposição que exemplifica a não coincidência de repertórios é de uso coloquial: *Sinto saudades de você*.

²⁵ O dicionário Longman registra *hell* como estando entre as mil palavras mais usadas no inglês falado e entre as três mil mais usadas do inglês escrito (LONGMAN, 2001, p. 666 [verbete *hell*, em que não pudemos deixar de notar a coincidência entre o verbete e o número da página]). Já *inferno* não figura entre as três mil palavras mais usadas, seja do inglês escrito ou falado (Cf. LONGMAN, 2001, p. 728 [verbete *inferno*]).

²⁶ Do mesmo modo, *newspaper* figura entre as duas mil palavras mais frequentes no inglês escrito e falado, enquanto *journal* não aparece sequer entre as três mil mais usadas em nenhuma das duas categorias (Cf.: LONGMAN, 2001, p. 955 [verbete *newspaper*] e LONGMAN, 2001, p. 764 [verbete *journal*]).

²⁷ Tanto o é que o vocábulo *epistemology* sequer aparece no dicionário Longman e *agnostic* não figura entre as três mil palavras mais usadas do inglês escrito ou falado (Cf. LONGMAN, 2001, p. 26 [verbete *agnostic*]).

Eis porque encontramos no inglês contemporâneo as palavras *just* e *equitable*²⁸ – ambas derivadas do latim – sendo preteridas na linguagem informal por seu sinônimo de origem anglo-saxônica *fair*.

3- FAIRNESS EM JOHN RAWLS

Rawls, embora tivesse no inglês seu primeiro idioma, não desconhecia por certo a expressão *equity* e suas implicações. Sendo *fairness* de uso popular e *equity* de uso erudito, por que Rawls teria optado pela primeira quando batizou a linha central de sua teoria? Ou seja, já que *equity* e *fairness* são expressões sinônimas no inglês atual, e – não fosse o bastante – se *equity* tem um sentido mais técnico, mais específico e menos ambíguo, sendo, portanto, preferível por razões tanto jurídico-filosóficas quanto gramaticais, o que terá levado o autor de uma das mais importantes teorias da justiça do séc. XX à escolha – aparentemente menos óbvia – do termo *fairness*? Em suma: por que *justice as fairness* e não *justice as equity*?

Em inglês, são sinônimos os adjetivos *fair*, *just* e *equitable*, como são sinônimas as formas substantivas *fairness*, *justice* e *equity*.²⁹ Analisando o texto inglês de *Uma Teoria da Justiça* (RAWLS, 1999), percebemos que Rawls toma o cuidado de evitar o uso das expressões *fair* e *fairness* com sentido diverso daquele que atribui à sua teoria, não os colocando como sinônimos de *just*, *justice* ou *equity*, *equitable* – respectivamente.³⁰ Ou seja, Rawls atribui aos termos *fair* e *fairness* um sentido técnico, diferenciando seu uso do da linguagem comum. Enquanto a expressão *equity* é mencionada em apenas três páginas (páginas 32, 62 e 209 [cf. RAWLS, 1999]) e *equitable* aparece uma única vez em todo o texto (Cf. RAWLS, 1999, p. 329), *just* e *fair* terão as maiores incidências no texto original, aparecendo – cada uma – em cerca de trinta³¹ páginas diferentes.

²⁸ *Justo e equitativo*, respectivamente.

²⁹ Nos dicionários a que tivemos acesso há a remissão recíproca entre os referidos termos.

³⁰ Tal assertiva pode ser demonstrada pelo título que Rawls dá ao §14 da obra *Uma Teoria da Justiça*, em que aparecem simultaneamente os três termos: *Fair equality of opportunity and pure procedural justice* (RAWLS, 1999, p. 73). Na tradução para a edição brasileira temos: A igualdade equitativa de oportunidades e a justiça procedimental pura (RAWLS, 1997, p. 89).

³¹ *Just* ocorre nas páginas 8, 48, 75, 76, 96, 99, 173, 174, 176, 193, 194, 199, 215, 243, 254, 255, 257, 260, 302, 304, 309, 310, 311, 317, 336, 415, 429, 477, 497 e 498. *Fair* é encontrada nas páginas XII

Chamou-nos a atenção o uso do termo *just* por Rawls. No inglês contemporâneo, *just*³² pode ser empregado como adjetivo,³³ no sentido daquilo que é justo, ou como advérbio, podendo ser traduzido por *exatamente*, *precisamente*,³⁴ ou ainda indicando um evento que acaba de ocorrer.³⁵ No uso coloquial da linguagem, é raro encontramos *just* como adjetivo,³⁶ sendo este preterido por *fair*.³⁷ Rawls, escrevendo em linguagem formal e em uma área em que o adjetivo *just* tem um significado muito preciso, não o emprega uma só vez como advérbio. Ou seja, nas trinta páginas em que a expressão *just* aparece no texto inglês de *Uma Teoria da Justiça*, aparece sempre significando *o justo*.

Não obstante tal cuidado por parte do autor, há algumas passagens de *A Theory of Justice* em que o termo *fair* não pode ser compreendido senão como sinônimo do adjetivo *just*. É o que ocorre com a expressão *fair wage* (RAWLS, 1999, p. 31), traduzida, por isso mesmo, como *salário justo* na edição brasileira (RAWLS, 1997, p. 38), ou com o emprego do antônimo *unfair*, que só pode ser entendido como *injusto* em nosso idioma (Cf. RAWLS, 1999, p. 75 e a respectiva tradução em RAWLS, 1997, p. 92). Ou seja, o próprio Rawls utiliza-se aí da palavra *fair* em acepção diversa do sentido técnico por ele mesmo cunhado, o que reforça nossa tese de que, fora de um contexto específico, as palavras *fair*, *just* e *equitable* são sinônimas no inglês contemporâneo.

e XV da introdução e nas páginas 11, 12, 31, 32, 37, 57, 63, 73, 74, 75, 86, 88, 96, 107, 130, 197, 198, 199, 205, 207, 243, 245, 257, 264, 266, 270, 301 e 329 do texto (cf. RAWLS, 1999).

³² *Justus*, do latim.

³³ *just* [...] -adjective 1.guided by truth, reason, justice, and fairness: We hope to be just in our understanding of such difficult situations. 2. done or made according to principle; equitable; proper: a just reply. 3. based on right; rightful; lawful: a just claim. 4. in keeping with truth or fact; true; correct: a just analysis. 5. given or awarded rightly; deserved, as a sentence, punishment, or reward: a just penalty. 6. in accordance with standards or requirements; proper or right: just proportions. 7. (esp. in Biblical use) righteous. 8. actual, real, or genuine.

³⁴ Por exemplo: This is *just* what I mean (É *exatamente* o que quero dizer).

³⁵ Assim: The sun *just* came out (O sol *acaba* de nascer).

³⁶ Basta uma rápida incursão na *internet* para que se demonstre tal hipótese. No buscador Google, quando procuramos o termo *just* nas notícias publicadas virtualmente, observamos que os dez primeiros resultados apresentados empregam o termo como advérbio (Cf. JUST..., 2009).

³⁷ O dicionário Longman, em sua edição virtual, registra o adjetivo *just* como estando entre as três mil palavras mais usadas do inglês falado e escrito (LONGMAN, 2009b). Já o adjetivo *fair* (LONGMAN, 2009a) aparece entre as mil palavras mais usadas do inglês falado e entre as duas mil mais empregadas no inglês escrito, e o advérbio *just* (LONGMAN, 2009c) figura entre as mil palavras mais usadas do inglês escrito e falado.

Desse modo, se nos pode parecer lícito supor³⁸ que Rawls, ao criar uma teoria da justiça própria, e querendo estabelecer a distinção entre o seu e o conceito aristotélico de equidade – já consagrado como *equity* nas traduções de língua inglesa –, tenha preferido a expressão *fairness*, o fato é que tal diferenciação só pode ser sustentada de uma perspectiva pragmática. Torna-se, assim, irrelevante a opção rawlsiana por *fairness* ou *equity*, porque é o contexto de sua obra – como também o será no caso da obra de Aristóteles –, e não a expressão em si, que estabelecerá o significado do termo.

O mesmo se aplica à tradução. Na medida em que não há no repertório português qualquer termo coincidente com *fairness*, e havendo a coincidência dos seus sinônimos *justice* e *equity* com *justiça* e *equidade* – respectivamente –, será indiferente a opção por um ou outro na língua portuguesa. Assim, exceto pela redundância, não seria mesmo incorreto traduzirmos *justice as fairness* por *justiça como justeza*. Se quisermos, contudo, – como supomos ter pretendido Rawls relativamente à língua inglesa – demarcar no português, através do próprio termo, a diferenciação entre os conceitos rawlsiano e aristotélico de equidade, será então procedente a observação do prof. Marcelo Cattoni.³⁹

De uma perspectiva sintática, entretanto, parece-nos que os correlatos mais adequados sejam *epiqueia* para Aristóteles e *equidade* para Rawls. Ou seja, ao contrário do que aponta o prof. Marcelo Cattoni – e ao contrário do que ocorre na língua inglesa, em que não há o correlato de *epieikeia* – teríamos a alteração do termo em Aristóteles e a sua manutenção em Rawls.

Tal hipótese, relativamente à expressão rawlsiana, parece ser corroborada pela tradução da expressão *justice as fairness* – que deu título à obra em que Rawls revisa sua teoria – para outros idiomas de origem latina em contraposição aos idiomas de origem anglo-saxônica. Enquanto em francês encontramos *Justice comme équité*, e em espanhol *Justicia como equidad*, o título dinamarquês é *Retfærdighed som fairness*, e da edição alemã *Gerechtigkeit als Fairneß*. Observe-se que no dinamarquês e no alemão, há a tradução fiel do termo *fairness*, mas há – em contrapartida – a tradução

³⁸ Como não encontramos em Rawls, ou em qualquer de seus comentadores, uma justificativa para tal eleição, só nos será lícito trabalhar com hipóteses neste ponto.

³⁹ Conforme apresentada na introdução deste texto.

apenas aproximada do termo *justice*. Já no francês e espanhol, não havendo coincidência do termo *fairness* no repertório das duas línguas, a opção dos tradutores é igualmente pelo correlato derivado do termo latino *aequitas*.

Não se poderá, portanto, dizer que a eleição de *equidade* pelos tradutores da edição brasileira seja equivocada, antes, parece-nos, ao cabo da pesquisa, a opção mais acertada.

Já a alteração da expressão *equidade* em Aristóteles pelo correlato *epiqueia* no português, além de ser a mais adequada do ponto de vista sintático e semântico, acabaria com a confusão relativamente ao termo em Rawls. Contudo, se a utilização de *aequitas* para Aristóteles teve, com os romanos, uma influência tão grande na cultura ocidental que passou a determinar a tradução do termo *epieikeia* até em idiomas não românicos como o inglês, tal proposta parece esbarrar em um problema intransponível e que não pode ser ignorado por quem quer que se dedique ao tema: séculos de uso consagrado do termo em nosso idioma.⁴⁰ Em que medida nos é lícito propor o abandono de uma tradição mais antiga que o próprio português em nome da solução de uma dificuldade originada pela tradução de um filósofo de língua inglesa?

O que nos leva a uma última, e menos radical, hipótese: a utilização da expressão original, justificada pela ausência de um correlato mais apropriado. É, como vimos, a solução dada por Santo Tomás de Aquino em relação ao termo aristotélico e que pode sem maiores prejuízos – porque o significado, mesmo no inglês, é antes pragmático que sintático ou semântico – ser estendida à obra de John Rawls. Teríamos, desse modo, justiça como *fairness*.⁴¹ A objeção imediata oponível a tal proposta é que a manutenção do termo inglês dificultaria ou mesmo causaria uma resistência de compreensão por parte daqueles não afeitos ao idioma.

De qualquer modo, se nos parece justificável a necessidade percebida pelo prof. Marcelo Cattoni da utilização de dois termos diferenciados para o que hoje chamamos *equidade* em Aristóteles e Rawls, a introdução de *equanimidade* na teoria rawlsiana não nos parece a solução mais apropriada: porquanto sirva de demarcador

⁴⁰ Gostaríamos de deixar registrados, neste ponto, nossos agradecimentos ao professor Alberico Alves da Silva Filho por ter levantado tal problemática quando da apresentação e discussão dos resultados parciais desta pesquisa no 16º Seminário de Iniciação Científica na PUC Minas, em outubro de 2008.

⁴¹ É o que encontramos em Felipe, 2001, p. 133.

do conceito aristotélico, ignora razões etimológicas e semióticas que cremos ter desenvolvido no decorrer de nossa exposição.

CONCLUSÃO

Explicando, há alguns meses, o objeto desta pesquisa a um amigo, fomos interrompidos pela seguinte dúvida do interlocutor: “Mas por que vocês não olham no dicionário de inglês o que significa a palavra *fairness*?” A pergunta, singela e objetiva, pressupõe que exista, entre dois idiomas, uma coincidência fiel de repertórios que possibilite a mera transposição de seus termos. Tal pressuposto não se verifica sequer em relação aos termos de um mesmo idioma: embora seja idêntico o repertório de um brasileiro e de um português, ou – se não quisermos ir tão longe – de um mineiro e de um nordestino, observamos muita vez uma dificuldade comunicacional entre seus usuários devido a questões que extrapolam a mera referência entre uma palavra e seu objeto, ou seja, extrapolam a semântica da língua.

Quando os repertórios são, de fato, diversos, e – mais ainda – se se trata de idiomas com origens etimológicas distintas, as dificuldades se potencializam. Em tais casos, diríamos que, exceto pela diferença de que não existe uma saída que possa ser considerada certa, a tarefa de lidar com qualquer tradução equivale à de caminhar por um labirinto.

Nesse sentido, estamos conscientes de termos frustrado o leitor que esperava uma resposta definitiva para a questão. Mas, por isso mesmo, mais certos ainda estamos de termos cumprido com nosso objetivo de realizar uma pesquisa científica, porque qualquer resposta definitiva em ciência deverá sempre ser encarada com ceticismo.

Se há fortes motivos pragmáticos para mantermos a expressão *equidade* tanto em Aristóteles quanto em Rawls, sobejam razões – sintáticas e semânticas – para que os termos sejam alterados.

A utilização da mesma expressão para os dois autores na língua portuguesa parece-nos, pelo próprio uso, ter-se provado viável, na medida em que as duas teorias vêm convivendo sem que maiores dificuldades se tenham apresentado. Por outro lado,

é inegável que, em se tratando de dois termos distintos em suas origens, as vantagens – teóricas e didáticas – de uma alteração das expressões na língua portuguesa poderiam superar as conveniências de um apego à tradição. A viabilidade prática de uma tal alteração bem como as possibilidades empíricas de sua implementação excedem, contudo, os limites desta pesquisa e, parece-nos, os limites da própria ciência. Ainda que possamos sugerir, com relativa certeza, *epiqueia* para as obras aristotélicas e *equidade* ou *fairness* para Rawls, não podemos obrigar os editores e estudiosos a seguirem tal determinação como não podemos igualmente prever os resultados de tais modificações, seja a médio ou curto prazo.

O que resta, portanto, à ciência e àqueles que futuramente se propuserem a aprofundar o problema aqui esboçado? Resta o saber resignado de que a própria discussão, na medida em que puser em evidência tais questões, cuidará, no decorrer do tempo, de apontar o melhor caminho. É o que esperamos ter alcançado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- AQUINATIS, Divi Thomae. *Summa theologica: ad manuscriptos codices a Francisco Garcia, Gregorio Donato, Iovaniensibus ac duacensibus theologis, Joanne Nicolai ac Thoma Madalena diligentissime collata, variis indicibus aucta*. Paris: J.-P. Migne, 1859. v. 3.
- ARISTÓTELES. *Arte retórica e arte poética*. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1959.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco: Livro V*. In: MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 6-16.
- ARISTOTLE. *Nicomachean Ethics: 1137b*. In: ARISTOTLE. *Aristotle in 23 volumes*. Tradução H. Rackham. Harvard: Harvard University Press, 1934. 19.v. Disponível em: <<http://www.perseus.tufts.edu/cgi-bin/ptext?lookup=Aristot.+Nic.+Eth.+1137b+1>> Acesso em: 12 jan. 2009.
- ARISTOTLE. *The Nicomachean Ethics of Aristotle: with English notes by J. S. Brewer*. Oxford: Baxter, 1836.
- BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de filosofia aristotélica: leitura e interpretação do pensamento aristotélico*. Barueri: Manole, 2003.
- BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

CAMBRIDGE international dictionary of English. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

CATTONI DE OLIVEIRA, M. A.. *Direito, política e filosofia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CATTONI DE OLIVEIRA, M. A.. Republicanismo e liberalismo nas tradições do pensamento político moderno. *Virtuajus*, Belo Horizonte, v. ano2, 2003.

FELIPE, Sônia T. Rawls: uma teoria ético-política da justiça. In: OLIVEIRA, Manfredo A. de (Org.). *Correntes fundamentais da ética contemporânea*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 133-162.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

HARPER, Douglas. Equity. *Online etymology dictionary*. 2001. Disponível em: <<http://www.etymonline.com/index.php?search=fairness&searchmode=none>>. Acesso em: 11 ago. 2008a.

HARPER, Douglas. Fair. *Online etymology dictionary*. 2001. Disponível em: <<http://www.etymonline.com/index.php?search=fair&searchmode=none>>. Acesso em: 11 ago. 2008b.

HOUAISS, Antônio *et al.* *Dicionário inglês-português*. Rio de Janeiro: Record, c1982.

JUST. Google. Disponível em: <<http://news.google.com/news?hl=en&q=just&um=1&ie=UTF-8&sa=N&tab=wn>>. Acesso em: 30 mar.2009.

LONGMAN dictionary of contemporary English online. Fair [adjective]. In: LONGMAN dictionary of contemporary English online. Disponível em: <http://www.ldoceonline.com/dictionary/fair_1>. Acesso em: 30 mar. 2009a.

LONGMAN dictionary of contemporary English online. Just [adjective]. In: LONGMAN dictionary of contemporary English online. Disponível em: <http://www.ldoceonline.com/dictionary/just_2>. Acesso em: 30 mar. 2009b.

LONGMAN dictionary of contemporary English online. Just [adverb]. In: LONGMAN dictionary of contemporary English online. Disponível em: <http://www.ldoceonline.com/dictionary/just_1>. Acesso em: 30 mar. 2009c.

LONGMAN dictionary of contemporary English. 3rd ed. Barcelon: Longman, 2001.

PEREIRA, Isidro. *Dicionário grego-português e português grego*. 8. ed. Braga: Livraria Apostolado da Imprensa, 1998.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. *Padrão PUC Minas de normalização*: normas da ABNT para apresentação de artigos de periódicos científicos. Belo Horizonte, 2008a. Disponível em <<http://www.pucminas.br/biblioteca/>>. Acesso em: 1 mar. 2009.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. *Padrão PUC Minas de normalização*: normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias. Belo Horizonte, 2008b. Disponível em: <<http://www.pucminas.br/biblioteca>>. Acesso em: 6 mar. 2009.

RAWLS, John; KELLY, Erin. *Justice as fairness: a restatement*. 2. ed. Harvard: Harvard University Press, 2001.

RAWLS, John. *A theory of justice*. 2. ed. rev. Oxford: Oxford University Press, 1999.

RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RICOEUR, Paul. *Lo justo*. 2. ed. Madrid: Caparrós, 1999.

ROUANET, L. P. Rawls e a questão da justiça social. *Phronesis Revista de Ética*, Campinas, v. 5, n. 1, p. 11-24, 2003.

ROUANET, Luiz Paulo. *Rawls e o enigma da justiça*. São Paulo: Unimarco, 2002.

SAVIOLI, Francisco Platão. *Gramática em 44 lições: com mais de 1700 exercícios*. 26. ed. São Paulo: Ática, 1995.

A IMPORTÂNCIA DA LEITURA NO PROCESSO DE ENSINAGEM

Cristiano Sales Medeiros^{*}
Eric dos Santos Pinho^{**}

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. BREVE HISTÓRICO DA LEITURA. 2. DEFINIÇÃO DE LEITURA. 3. TIPOS DE LEITURA. 4. O QUE É APRENDER? 5. O APRENDIZADO DA LEITURA. 6. A IMPORTÂNCIA DO ENSINO DA LEITURA. 7. LER PARA APRENDER. 8. NÃO EXISTE ENSINAGEM SEM MOTIVAÇÃO. 9. O PROFESSOR COMO AGENTE EMANCIPADOR DA LEITURA. 10. O LEITOR TRABALHADO POR SUA LEITURA. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMO: O presente trabalho busca demonstrar a importância da leitura no processo de formação do aprendiz, sobretudo como instrumento de emancipação intelectual, considerando sua importância para a maturação do conhecimento, passando pela conceituação do que vem a ser a leitura, abordando quais os tipos existentes de leitura. Enfrentando, ainda, a questão da importância do ensino da leitura e do professor como agente emancipador através dela; a motivação como ferramenta para a ensinagem, frente a necessidade do estímulo da leitura como elemento base à autonomia do indivíduo.

PALAVRAS-CHAVE: Leitura; Motivação; Ensinagem; Emancipação intelectual.

ABSTRACT: *This paper seeks to demonstrate the importance of reading in the formation process of the learner, particularly as an instrument of intellectual emancipation, considering its importance to the maturation of knowledge, through conceptualization of what happens to be reading, discussing what types existing reading. Facing also the question of the importance of the teaching of reading and the teacher as an agent of emancipation through it; motivation as a tool for ensinagem, forward the need of the stimulus of reading as the basic element of individual autonomy.*

KEYWORDS: *Reading; Motivation; Intellectual Emancipation.*

^{*} Advogado. Especializando em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: crmedeiros@hotmail.com

^{**} Advogado. Especializando em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especializando em Direito Material e Processual do Trabalho e em Direito Tributário pela Universidade – UNIDERP Anhanguera. E-mail: eric_pinho@hotmail.com

INTRODUÇÃO

Todo ser humano é capaz de ler. Mas o exercício crítico e reflexivo só se torna possível a partir da compreensão do conteúdo que se lê. O proveito que vem pela leitura é conquistado a partir de sua prática contínua.

Há, basicamente, dois tipos de leitores, um que tem grande inteligência verbal, alta competência gramatical e lexical, advindos do hábito da leitura, e outro, com pouca inteligência verbal, domínio insuficiente do léxico e da gramática, devido a sua pequena experiência de leituras.

Aprender implica a capacidade de reelaborar conhecimentos a partir da formulação de questionamentos e análise de descobertas, em busca de novas sínteses, as quais demonstram-se otimizadas pelo hábito da leitura.

Assim, a leitura emerge como instrumento essencial à construção do conhecimento, pois que, sem sua prática, apreensões e sínteses sobre os mais variados temas tornam-se difíceis e superficiais.

Desse modo, sem leitura não há ensinagem, pois a relação bilateral originada dessa última, que leva alunos e professores ao palco da construção do saber, não se afirma ante a ausência de elementos cognitivos não apreendidos pelo personagem não leitor.

O estímulo à leitura deve ser parte integrante do exercício da docência, considerando que o prazer pela leitura não brota espontaneamente no aprendiz, mas carece de motivação para ser construído.

A leitura emancipa o educando. Outorga independência intelectual. Concede ao indivíduo identidade e autodeterminação.

1. BREVE HISTÓRICO DA LEITURA

No princípio da história da humanidade, para se comunicar, o [homem](#) pintava nas paredes das [cavernas](#) códigos conhecidos apenas por um seletor grupo. Tribos

primitivas liam extensas mensagens imagéticas em cascas de árvores ou em couro¹, ricas em detalhes. Com o passar dos anos, o homem substituiu a representação visual pela representação sonora. O sinal se libertou do objeto e a [linguagem](#) adquiriu a sua verdadeira natureza. A [oralidade](#).

Foi aí então, que a leitura assume sua forma completa, quando se começou a interpretar um sinal pelo seu valor sonoro, isoladamente, em um sistema padronizado de sinais limitados.

Num período posterior, o conhecimento passou a ser transmitido oralmente. A arte da [oratória](#), constituía a base da transmissão de todo conhecimento. Era pelo [diálogo](#) que os mestres ensinavam os aprendizes.

A escrita completa demorou a surgir. Os textos passaram a ser escritos em volumes, rolos de [papiros](#), uma das formas mais primitivas de se registrar os pensamentos.

Tempos mais tarde, a leitura e a escrita eram restritas a poucos privilegiados. Na [Grécia](#), restringia-se aos filósofos e aristocratas, enquanto em Roma a escrita tornou-se uma forma de garantir os direitos dos patrícios às propriedades. Na Idade Média, uma minoria era alfabetizada. As [igrejas](#), mosteiros e as abadias converteram-se nos únicos centros da cultura letrada. Nos mosteiros e [abadias](#) medievais encontravam-se as únicas escolas e bibliotecas da época, e era lá que se preservavam e restauravam textos antigos da herança [greco-romana](#).²

Foi na [Alta Idade Média](#), que a educação formal ficou restrita ao meio clerical. Durante o período [merovíngio](#), a igreja manteve escolas episcopais para garantir a formação do [clero](#), enquanto dentro dos [mosteiros](#) realizava-se a leitura e a cópia de documentos escritos e de alguns livros das civilizações grega e romana. A leitura tinha o caráter religioso, não tendo obrigação de ensinar a ler aqueles que não fossem seguir a vocação religiosa. Assim, a igreja passou a monopolizar e censurar as obras que seriam transcritas.

A escrita tornou-se um símbolo [sagrado](#).

¹ FICHER, Steven R.; traduzido por Claudia Freire. *História da leitura*. 1. ed. São Paulo: Unesp, 2006. p. 11.

² ALLIENDE, Felipe. CONDEMARÍN, Mabel; traduzido por Ernani Rosa. *A leitura: Teoria, avaliação e desenvolvimento*. 8. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005. p. 55.

Durante muito tempo, a leitura ficou atrelada à esfera [clerical](#), porém, em meados do século XI, com o aumento das atividades comerciais e manufatureiras, que provocou o crescimento das zonas urbanas, a igreja começou a perder, pouco a pouco, o poder sobre o ensino. A escrita avançou então além dos muros da igreja, e chegou ao alcance dos leigos.

Com o desenvolvimento econômico e social, aumentou a necessidade de [instrução](#) da [população](#). Com isso, a implantação de [escolas](#) públicas gradativamente passou a crescer, até que a leitura tornou-se democraticamente acessível.

2. DEFINIÇÃO DE LEITURA

A leitura amplia e conecta conhecimentos. Por ela os horizontes do saber se expandem; enriquece-se o vocabulário, o que facilita a comunicação, disciplina-se a mente e alarga-se a consciência.

Etimologicamente, ler significa recolher, apanhar, escolher, captar com os olhos (do latim, *lego/legere*).³ Nesse diapasão, a leitura é entendida, exclusivamente, quanto à captação da palavra escrita; um processo mecânico de decodificação de símbolos.

Entretanto, a definição que mais se adéqua ao seu sentido completo refere-se à percepção da realidade, por meio da escrita, do som, da arte, dos cheiros. A leitura é uma experiência cotidiana e pessoal, que faz leitores, tanto o conhecedor dos signos linguísticos, quanto o iletrado, que observa a natureza e é capaz de prever o sol ou a chuva.⁴

Destarte, todo ser humano é capaz de ler. Mas, o ato de ler deve consistir num exercício contínuo de indagação, reflexão crítica, entendimento, captação de símbolos, sinais e mensagens, conteúdo, informações, enfim, um exercício de intercâmbio entre

³ MARTINS, Maria Helena. *O que é leitura*. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1984. p. 11

⁴ JOUVE, Vicent; traduzido por Brigitte Hervot. *A leitura*. 1. ed. São Paulo: Unesp, 2002. p. 17

o conhecimento preexistente e o ora adquirido, vez que as relações intelectuais são potencializadas.

Na formação de cada cidadão bem como de um povo, a leitura exerce papel importante, pois se revela como via arterial no processo de construção do conhecimento, como fonte de informação e formação cultural.

O proveito advindo da leitura não se conquista num passe de mágica, espontaneamente. Requer escolha, atitudes pertinentes ao objetivo proposto. Não é bastante saber ler, é preciso ler muito e ler bem.

Hodiernamente o êxito profissional está relacionado com o hábito da leitura, por meio da qual se torna possível adquirir e acumular conhecimentos produzidos e sistematizados historicamente pelo homem.

3. TIPOS DE LEITURA

A leitura é um ato de percepção, tradução, decifração e compreensão. Percepção de signos visuais, de uma ordem espacial e da diagramação. Tradução, pois na leitura é feita a permuta de um código visual para um código lingüístico. Decifração porque envolve o reconhecimento do signo. Compreensão porque, uma vez decifrado o signo, extrai-se dele a mensagem.⁵

O objetivo que orienta a leitura pode ser determinado a partir do tipo adotado pelo leitor.

3.1. Leitura Decifratória e Automática

A leitura decifratória é aquela em que a atenção e o esforço do leitor se dissipam principalmente na decifração. É típica de indivíduos que estão se familiarizando com o código como os que estão sendo alfabetizados ou aprendendo uma segunda língua. Esta dificuldade não ocorre somente entre leitores os quais não teem o domínio da língua. Fatores externos à leitura podem tornar o texto

⁵ JOUVE, Vicent. *op. cit.* p. 89

incompreensível, criando dificuldades mesmo para o leitor mais versado. A leitura silábica é um caso extremo da leitura decifratória.⁶

Já a leitura automática é aquela em que se emprega pequeno esforço na decifração. Supõe-se um leitor versado e um texto otimizado para a leitura.

Vocal, mental, fonológica e ideogrâmica

A leitura vocal pode ir de sua forma mais apurada à recitação com esmeros de entoação e até o murmúrio entre dentes. A leitura mental pode simular uma recitação a plena voz ou se afastar disso rumo a uma leitura mais rápida que foge da entoação.

A leitura fonológica, praticada tanto vocal como mentalmente, é a tradução de um código visual para um código acústico. O signo visual é convertido em fonema, palavra, frase.

Na leitura ideogrâmica ou visual, o signo visual, que é grafemático, é captado como signo visual remetendo ao significado sem a passagem pelo lingüístico. É assunto para experimentação determinar a possibilidade de leituras integralmente visuais, a partir de signos grafemáticos. A leitura ideogrâmica é típica do leitor qualificado, que a pratica associada à leitura fonológica tendendo mais para uma ou para outra dependendo da situação. Na leitura ideogrâmica a tendência é de velocidades de leitura maiores.⁷

3.2 Integral e seletiva

A leitura integral é feita palavra por palavra, linha a linha, sem qualquer pretensão. Contrariamente, na leitura seletiva o leitor tem objetivos previamente estabelecidos, como encontrar palavras-chave e elementos de seu interesse. Após a busca ele realiza a leitura integral.

3.3 Leitura produtiva

⁶ BAMBARGER, Richard. *Como incentivar o hábito da leitura*. 6. ed. São Paulo: Bomlivro, 1995. p. 41

⁷ *Idem, ibidem*, p. 41.

A leitura produtiva é rápida, com boa compreensão, dispensa releituras. Para isto acontecer há fatores relacionados à leitura e fatores externos a ele. Começaremos com os inerentes ao ato.

São fatores que influenciam a produtividade da leitura, o fisiológico, que diz respeito à acuidade visual; o psicológico, que se refere à atenção, motivação, estado emocional, tendência à réplica, bloqueios psicológicos; intelectuais, tais como a divagação, preconceitos, egocentrismo, atitude crítica; ambientais, segundo a iluminação, conforto, ausência de ruídos, e metodológicos, referentes à abrangência da zona nítida, automatismo, mentalização, leitura visual, leitura seletiva.

A zona nítida corresponde à região do campo visual captada pela fóvea do olho. Embora muito pequena em relação ao campo total da visão, é a região mais nítida do campo visual. Certos leitores conseguem enquadrar mais grafemas na zona nítida, numa mesma fixação dos olhos, que outros. Esses leitores obtêm velocidades de leitura maior. Se eles chegam a isto pelo treinamento ou pela natureza da visão que possuem é matéria para a fisiologia da visão.

Um maior automatismo aumenta a velocidade da leitura. Primeiro porque não se perde tempo com a decifração consciente, depois porque a atenção não se dissipa diante da lentidão da entrada de signos. O automatismo se aprimora com o treinamento e com o aperfeiçoamento lingüístico. É de se cogitar se depende de fatores como a inteligência verbal ou outras aptidões pessoais.

A leitura mentalizada tende a ser mais veloz que a vocal porque nela é possível ignorar apuros de entonação, abstraindo tudo o que na entonação reduz a velocidade.

A leitura visual é mais rápida que a fonológica. Em princípio, a interiorização de um signo visual é mais rápida que o tempo para a elocução da palavra que o designa.

A leitura seletiva é mais rápida que a integral, óbvio. Desde que se aceite uma pela outra, com a conseqüente perda de compreensão envolvida, a leitura seletiva é mais produtiva.

Em síntese, a leitura mais produtiva ocorre quando os fatores externos que influenciam a leitura estão otimizados, quando o leitor é

qualificado para o nível do texto, sua acuidade visual é boa, está atento, motivado, tranqüilo, sem tendência à réplica, sem bloqueio psicológico contra a leitura em si ou ao assunto do texto, não divaga, não se fecha em si, controla o ímpeto à crítica, a abrangência da zona nítida é máxima, sua leitura é automática, mentalizada, tende para o visual, é seletiva.

4. O QUE É APRENDER?

Desde os tempos mais remotos da história humana o homem está destinado a aprender. Nas atividades singelas que envolvem sua rotina, como naquelas complexas, que demandam o emprego de maior atenção e diligência, a ação de aprender está inarredável.

É por meio da comunicação, da troca de informações e de experiências, que o homem aprende e se transformar.⁸ Pois, aprender significa construir conhecimentos a partir da interação com outros sujeitos, por meio de influências recíprocas, e com o meio onde o indivíduo está inserido, o que permite a cada sujeito construir o seu conhecimento de mundo e o conhecimento de si mesmo como sujeito histórico.⁹

Aprender implica a capacidade de reelaborar conhecimentos a partir da formulação de questionamentos, da análise e síntese das descobertas realizadas. O homem demonstra que aprende ao mostrar-se capaz de dialogar com o seu interlocutor e questionar as verdades apresentadas, refletindo sobre suas dúvidas e elaborando nova síntese que lhe satisfaça a inquietação inicial.¹⁰

Aprender significa ser capaz de pesquisar com olhos inquiridores, orientados por inquietações que tragam contribuições ao crescimento individual e coletivo, construindo significados, reconstruindo o passado e projetando o futuro.

⁸ KENSKI, Vani Moreira. *O Ensino e os recursos didáticos em uma sociedade cheia de tecnologias*. In VEIGA, Ilma P. Alencastro (org). **Didática: o Ensino e suas relações**. 1. ed. Campinas: Papirus, 1996. p. 127-147.

⁹ LOPES, Antonia Osima. *Relação de interdependência entre ensino e aprendizagem*. In VEIGA, Ilma P. Alencastro (org). **Didática: o Ensino e suas relações**. Campinas: Papirus, 1996. p. 105-114.

¹⁰ MARTINS, Maria Helena. *op. cit.* p. 11.

Trata-se de um processo multifacetado que se interconecta a diversas áreas do conhecimento atreladas a uma rede de relações interpessoais.

Pode se dar por meio da linguagem, mas será completa se ocorrer, igualmente, pela experiência.

Aprender pela linguagem, ou seja, pela leitura dos mais diversos meios requer uma outra pessoa, que previamente observou, analisou, classificou e escreveu para que se pudesse ler.

Pela experiência, o sujeito se coloca em contato direto com a realidade, ainda que ficta, como nas escolas, onde a experiência ocorre nos laboratórios. Quanto maior a possibilidade de simulação, maior a capacidade de observação e de construção de hipóteses, e sua conseqüente verificação.

Em síntese, desde os primórdios, as relações do sujeito com o meio em que estava inserido e com os demais sujeitos do meio, vivos e inanimados, possibilitaram ao homem o aprendizado. E são essas mesmas relações que fundamentam, nos tempos modernos, a conceituação da ação de aprender.

5. O APRENDIZADO DA LEITURA

Ler em voz alta, ler em silêncio, ser capaz de carregar na mente bibliotecas íntimas de palavras lembradas são aptidões espantosas que adquirimos por meios incertos. Todavia, antes que essas aptidões possam ser adquiridas, o leitor precisa aprender a capacidade básica de reconhecer os signos comuns pelos quais uma sociedade escolheu comunicar-se: em outras palavras, o leitor precisa aprender ler.

Em todas as sociedades letradas, aprender a ler tem algo de iniciação, de passagem ritualizada para fora de um estado de dependência e comunicação rudimentar. A criança, aprendendo a ler, é admitida na memória comunal por meio de livros, familiarizando-se assim com um passado comum que ela renova, em maior ou menor grau, a cada leitura.¹¹

¹¹ MANGUEL, Alberto. *Uma história da leitura*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. p. 85-89-90.

A compreensão de textos envolve processos cognitivos múltiplos, justificando assim o nome de “faculdade” que era dado ao conjunto de processos, atividades, recursos e estratégias mentais próprios do ato de compreender. Refletir sobre o conhecimento e controlar os nossos processos cognitivos são passos no caminho que leva à formação de um leitor que percebe relações, e que forma relações com um contexto maior, que descobre e infere informações e significados mediante estratégias cada vez mais flexíveis e originais.

A compreensão de texto parece amiúde uma tarefa difícil, porque o próprio objeto a ser compreendido é complexo, ou, alternativamente, porque não conseguimos relacionar o objeto a um todo modo maior que o torne coerente, ou ainda, porque o objeto parece indistinto, com tantas e variadas dimensões que não sabemos por onde começara apreendê-lo. De fato, a compreensão de um texto escrito envolve a compreensão de frases e sentenças, de argumentos, de provas formais e informais, de objetivos, de intenções, muitas vezes de ações e de motivações, isto é, abrange muitas das possíveis dimensões do ato de compreender, se pensamos que a compreensão verbal inclui desde a compreensão de uma charada até a compreensão de uma obra de arte.

Trata-se a compreensão de um texto de um processo que se caracteriza pela utilização de *conhecimento prévio*: o leitor utiliza na leitura o que ele já sabe, o conhecimento adquirido ao longo de sua vida. É mediante a interação de diversos níveis de conhecimento, como o conhecimento linguístico, o textual, o conhecimento de mundo, que o leitor consegue construir o sentido do texto. E porque o leitor utiliza justamente diversos níveis de conhecimento que interagem entre si, a leitura é considerada um processo interativo. Pode-se dizer com segurança que sem o engajamento do conhecimento prévio do leitor não haverá compreensão.

São vários os níveis de conhecimento que entram em jogo durante a leitura.

O *Conhecimento linguístico*, é aquele implícito não verbalizado, nem verbalizável na grande maioria das vezes, que faz com que falemos português como falantes nativos. Este conhecimento abrange desde o conhecimento sobre como pronunciar português, passando pelo conhecimento de vocabulário e regras da língua, chegando até o conhecimento sobre o uso da língua.

Há também o conjunto de noções e conceitos sobre o texto, que é o *conhecimento textual*, este faz parte do conhecimento prévio e desempenha um papel importante na compreensão de textos.

O conhecimento parcial, estruturado que temos na memória sobre assuntos, situações, eventos típicos de nossa cultura é chamado de *esquema*. O esquema determina, em grande parte, as nossas expectativas sobre a ordem natural das coisas, também nos permite economia e seletividade na codificação de nossas experiências, isto é, no uso das palavras com as quais tentamos descrever para outro as nossas experiências.¹²

O conhecimento linguístico, o conhecimento textual, o conhecimento de mundo devem ser ativados durante a leitura para poder chegar ao momento da compreensão, momento esse que passa despercebido, em que as partes discretas se juntam para fazer um significado. O mero passar de olhos pela linha não é leitura, pois leitura implica uma atividade de procura por parte do leitor, no seu passado, de lembrança e conhecimentos, daqueles que são relevantes para a compreensão de um texto que fornece pistas e sugere caminhos, mas que certamente não explicita tudo o que seria possível explicitar.¹³

6. A IMPORTÂNCIA DO ENSINO DA LEITURA

Alguns pensam que no futuro, e inclusive hoje em dia, a leitura poderia ser substituída vantajosamente pela imagem, pela palavra gravada e pelo acúmulo mecânico da informação. Essa opinião surge da comprovação empírica de que em muitos países numerosas pessoas podem se sair muito bem em diversas atividades sem apelar em nada para a leitura.

A leitura ficaria, assim, reduzida a uma necessidade do ensino escolar, sem maior significação posterior. Muitos se perguntam se a leitura resistirá ao embate com a televisão e os vídeos, que parecem arrasadores.

¹² KLEIMAN, Ângela. *Texto e leitor: aspectos cognitivos da leitura*. 4. ed. Campinas: Pontes, 1995. p. 09-23.

¹³ *Idem, ibidem*, p. 26-27.

Sem dúvida, a irrupção dos meios de comunicação de massa baseados na imagem e na linguagem oral (rádio, cinema, televisão, histórias em quadrinho) e o surgimento dos meios informáticos de busca e registro da informação significam uma claríssima mudança na situação e na função da leitura no mundo contemporâneo.

As principais razões que justificam a importância, as vantagens e a persistência da leitura, apesar da irrupção dos meios massivos de comunicação, são as seguintes:

6.1 Na leitura prevalece a liberdade

Em comparação com os meios de comunicação audiovisual, o leitor tem liberdade para escolher: o lugar, o tempo e a modalidade de leitura que queira e julgue conveniente. Ele pode escolher por si mesmo, de acordo com os seus interesses, os seus gostos ou suas necessidades pessoais, os melhores e mais adequados textos do passado e do presente. Nos outros meios, pelo contrário, prevalece a imposição.¹⁴

6.2 A leitura é um fator determinante do êxito ou fracasso escolar

A leitura é a única atividade que constitui, ao mesmo tempo, disciplina de ensino e instrumento para o manejo das outras fases do currículo. Primeiramente, uma das maiores metas na educação básica era “aprender a ler”; agora, a ênfase está em “ler para aprender”. Isso não significa que o primeiro lema não tenha espaço na escola atual. Nas séries fundamentais, a aprendizagem do código dentro de contextos significativos para a criança é de grande importância; mas,

¹⁴ ALLIENDE, Felipe. CONDEMARÍN, Mabel; traduzido por Ernani Rosa. *A leitura: teoria, avaliação e desenvolvimento*. 8. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005. p. 12-13.

posteriormente, a leitura é utilizada como instrumento para a aquisição dos outros setores do programa de estudo.

A habilidade para reconhecer e lembrar-se de palavras é fundamental tanto na leitura como na ortografia.

Naturalmente, a eficiência na leitura se relaciona de forma íntima com o êxito escolar. Vejamos como as seguintes razões é fator determinante no fracasso ou êxito escolar:

Nos primeiros anos, o ensino do código absorve um tempo importante dos professores interessados em aplicar estratégias baseadas na imersão de seus alunos na linguagem escrita e no domínio dos processos visuais, auditivos e articulatórios próprios de sua aprendizagem.

Quando os alunos se tornam leitores independentes, a sua familiarização com os textos impressos não só enriquece o seu vocabulário e as estruturas gramaticais que conhece como também aumenta a sua competência ortográfica.

Na medida em que os estudantes passam para séries intermediárias ou superiores, os conteúdos temáticos das distintas áreas de estudo aumentam a variedade e quantidade, de maneira que não podem ser transmitidos apenas oralmente pelo professor, nem retidos na memória de longo prazo, apenas ouvindo-os ou visualizando-os num vídeo.¹⁵

6.3 A leitura permite articular os conteúdos culturais

A leitura especialmente a do livro, oferece, na maior parte das vezes, uma sequencia articulada do começo ao fim. A verdadeira profundidade em relação aos personagens e aos fatos só pode ser dada pela leitura. O que não ocorre com a cultura transmitida pela televisão de forma não sistemática e justaposta, e, de um modo geral os meios de difusão massivos, proporcionam uma informação “grosseira” ao alcance de todos, o que não permite ao público a possibilidade de aprofundar os detalhes, as nuances, as diferenças sutis.

¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 13-14.

6.4 A leitura expande a memória humana

As pessoas que vivem em culturas principalmente orais têm uma série de recursos (técnicas mnemônicas) para reter a informação em sua memória de longo prazo, como também para recuperá-la quando é necessária.

Sem dúvida, somente quando as palavras se transferiram do exclusivo mundo do som para um sistema alfabético, tornou-se possível a ampliação da memória humana. Na oralidade, ela está limitada pelo número de itens que a memória imediata é capaz de processar, número limitado a sete, ou aproximadamente dois, sejam palavras ou blocos de informação.

Assim, somente a linguagem escrita/impressa, ao permitir o registro e a recuperação da informação, expandiu a memória humana a um limite jamais sonhado.

6.5 A leitura estimula a produção de textos

A referencia à produção de textos implica focalizar a leitura e a escrita como processos interativos centrados no significado. Este enfoque atual modifica a idéia tradicional que considerava separadamente a leitura como um processo de decodificação, e a escrita como um processo de codificação. Ao relacioná-las em torno da meta de construir significado, ambas se realimentam estreitamente: a leitura de diferentes gêneros literários estimula a necessidade de criá-los, e a escrita estimula a necessidade de lê-los.¹⁶

6.6 A leitura determina processos de pensamento

A cultura letrada, ao mobilizar a linguagem do mundo oral auditivo para o mundo sensorial da visão, transforma a comunicação oral e os esquemas cognitivos das pessoas. Nas culturas orais, a limitação das palavras apenas sons, num contato "face a face", determina não só modos de expressão, como

¹⁶ ALLIENDE, Felipe. *op. cit.* p. 14-15-16.

também processos de pensamento. O acesso à linguagem escrita não só realimenta o escutar, o falar e o produzir textos, como também modifica as representações, a consciência e a ação.¹⁷

7. LER PARA APRENDER

Acima vários itens demonstram a importância que a leitura tem para o nosso aprendizado, por isso, o domínio da leitura não só leva a ler bem, como significa também a aquisição de um instrumento vinculado à totalidade da vida cultural do leitor. Depois dos primeiros anos de educação fundamental, grande parte da atividade escolar se baseia na leitura como meio de estudo; a formação escolar fica mediada pela leitura. Por outro lado, fora da escola, o leitor adulto tem na leitura um importante meio de informação, trabalho, instrução prática e entretenimento.

Internamente, então a escola necessita projetar a aprendizagem da leitura para todas as atividades que a utilizam como instrumento ao mesmo tempo, deve-se ensinar aos alunos as habilidades de leitura que lhes permitam utilizá-la posteriormente como meio de trabalho, de informação e de entretenimento.

Sob a denominação "ler para aprender" verificou-se que trata-se de "habilidades de estudo" ou "leitura-tipo-estudo", onde utilizam-se habilidades diferentes das que são empregadas na leitura corrente.

Existe consenso em que os estudantes melhoram o seu rendimento acadêmico na medida que o ensino direto ou explícito de métodos de estudo se integra com os diferentes conteúdos específicos das diferentes áreas de estudo.

A aprendizagem por indagação implica que os alunos devem procurar a informação, reuni-la, organizá-la e registrá-la a partir de uma variedade de fontes, incluindo as proporcionadas pela tecnologia digital.

Isso significa manejar a informação com grande flexibilidade. Ao consultar várias fontes, o aluno deve enfrentar muitos textos que não foram escritos com a

¹⁷ ALLIENDE, Felipe. *op. cit.* p. 16-17.

intenção de serem estudados; normalmente, um estudante neófito em determinado conteúdo não está em condições de descobrir com facilidade como um livro especializado está organizado, quais são suas idéias principais e as secundárias, etc.

A maioria dos alunos, inclusive os que são bons leitores, tem de aprender a manejar os textos expositivos ou de estudo, já que estes implicam manejar habilidades diferentes das da leitura de contos, romance de outros textos narrativos ou de entretenimento.

Para que os alunos se desenvolvam com eficiência nas distintas áreas de estudo, é importante que manejem, de forma prévia, certas habilidades de leitura, organização e registro da informação que obtenham. Naturalmente essas habilidades serão reforçadas à medida que elas sejam aplicadas aos conteúdos específicos de cada disciplina.

As habilidades básicas da leitura de estudo podem ser categorizadas sob os rótulos de: revisão preliminar, leitura seletiva espontânea e leitura seletiva indagatória, que têm como finalidade ler em diferentes ritmos de acordo com os propósitos do leitor.

Estas três técnicas descritas ajudam o estudante a desenvolver a sua flexibilidade na leitura, de acordo com um propósito. Deliberadamente não se faz referencia ao conceito de "velocidade de leitura", porque a velocidade ou o ritmo mediano o qual o estudante capta ou compreende a informação não constitui uma medida rígida: depende do nível de dificuldade que o material de leitura tem para o indivíduo e do propósito deste para lê-lo.

Também com o gradual aumento do estímulo ao aprender a ler, em todas as aplicações da leitura em um estudo das matérias, ficou evidenciado a necessidade de localizar com eficiência a informação requerida, o que inclui também o conhecimento das fontes de consulta. Entre as habilidades requeridas para esta importante função estão o manejo dos dicionários, índices, tabelas de conteúdos, livros de referência e uso das bibliotecas.¹⁸

¹⁸ ALLIENDE, Felipe. *op. cit.* p. 151-158.

8. NÃO EXISTE ENSINAGEM SEM MOTIVAÇÃO

Ensinação significa parceria entre professor e aluno, como condição fundamental para o enfrentamento do conhecimento. Situação de ensino da qual necessariamente decorre aprendizagem. A aprendizagem constitui um processo cognitivo formado de afetividade, relação e motivação. Assim, para aprender são necessárias a disposição e a intenção. Ao educador incumbe proporcionar situações de interação que despertem no educando motivação para conexão com o objeto do conhecimento, o meio em que está inserido e os próprios mestres.¹⁹

Ao aprender o sujeito acrescenta novos conhecimentos aos que ele já possui, e estabelece relações destes com aqueles. No curso de seu trajeto educativo ele tem a possibilidade de construir uma cadeia cognitiva clara, estável e organizada de forma adequada.

O principal objetivo da educação é levar o aprendiz a construir o conhecimento, como quem alcança degraus em uma escada. O processo de aprendizagem é registrado a cada nível atingido pelo educando. Esse processo de construção do conhecimento identifica-se na diversidade e na qualidade das suas interações. Por isso a ação educativa deve induzir o aluno a um esforço intencional que vise a obtenção de resultados sempre maiores.²⁰

Para o alcance de bons resultados acadêmicos, o educando necessita empreender voluntariedade e habilidade, que conduzem à necessidade de integrar os aspectos motivacionais e cognitivos.

A motivação é um processo que se dá no interior do sujeito, e está ligada às relações de reciprocidade entre o aluno e o meio. Para tanto, o papel do educando é despertar o interesse no aluno, no sentido de apropriar-se do conhecimento, dando-lhe motivos para essa ação.

É, portanto, a motivação, o processo que impulsiona o organismo à ação, a partir de uma relação estabelecida entre o sujeito e o ambiente, entre a necessidade e o objeto de satisfação.

¹⁹ BOCK, Ana M. Bahia (org). *Psicologias: uma introdução ao estudo de Psicologia*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 120-122.

²⁰ VYGOTSKY, L. S. *Pensamento e Linguagem*. São Paulo, Martins Fontes, 1993. p. 2.

Sendo assim, torna-se papel primordial do educador identificar e aproveitar aquilo que atrai o educando criança, aquilo que o agrada, como modo de privilegiar seus interesses.

Motivar passa a ser, também, um trabalho de atrair, encantar, prender a atenção, seduzir o aluno, utilizando o que ele gosta de fazer como forma de engajá-la no ensino.

Ao estimular o aluno, o educador desafia-o sempre, para ele, aprendizagem é também motivação, onde os motivos provocam o interesse para aquilo que vai ser aprendido.

Sendo assim, o professor deve utilizar as estratégias que permitam ao aluno integrar conhecimentos novos, utilizando para tal métodos adequados e um currículo bem estruturado, não esquecendo do papel fundamental que a motivação apresenta neste processo.²¹

As ferramentas de incentivo que visam motivar o aluno, proporcionam uma aula mais dinâmica por parte do docente, pois ensinar está relacionado à comunicação.

Em linhas finais, o ensino somente se aperfeiçoa quando há aprendizagem, e essa se produz pela motivação, que une educador e aprendiz num mesmo e único propósito, a saber, a construção do conhecimento.

9. O PROFESSOR COMO AGENTE EMANCIPADOR NA LEITURA

O professor é indubitavelmente um mediador entre o mundo da leitura e o leitor, ele pode autorizar, legitimar, um desejo inseguro de ler ou aprender, ou até mesmo revelar esse desejo.

Voltando por um momento à instituição escolar, verifica-se, que a maioria dos alunos são desestimulados a ler, porque a mesma é tida como uma obrigação. Na realidade, o efeito da escola sobre o gosto pela leitura é muitas vezes complexo.

²¹ VYGOTSKY, L. S. *op. cit.*, p. 2.

Em todas as gerações, as leituras foram impostas, principalmente as de autores clássicos, causando muita repulsa. Mas para muitas pessoas, em particular entre os mais velhos ou mais desprotegidos, que a escola foi "a porta de entrada", o lugar onde se podia ter acesso aos livros que tanta falta lhes faziam. Essas pessoas guardaram a lembrança de professores que encorajavam a ascensão sociocultural das crianças emprestando-lhes obras de sua biblioteca pessoal.

O professor precisa ser um apaixonado e que passe emoção transmitindo amor pela leitura, e acima de tudo pela leitura de obras literárias, pois, assim, a língua, o conhecimento, a literatura, que até então repele os alunos, torna-se acolhedora e receptiva.

O professor como agente emancipador da leitura deve trazer em sua essência a alquimia do carisma, ou, uma vez mais, a alquimia da transferência do saber, afim de conferir autonomia, independência na evolução do saber.

Acredito que cada um, professor, pode se interrogar mais sobre sua própria relação com a língua, com a literatura. Sobre sua própria capacidade de se ver alterado pelo que surge de maneira imprevisível, na sinuosidade de uma frase; de viver as ambiguidades e a polissemia da língua, sem se angustiar. E a se deixar levar por um texto, em vez de tentar sempre dominá-lo.

A todo instante o professor deve estimular o aluno a leitura, mostrá-lo como é importante e fundamental a mesma para o alcance pessoal e profissional, atingindo todos os setores da sua vida, para tanto, deve criar mecanismos diversos para alcançar o objetivo de introdução ao gosto pela leitura e seu aperfeiçoamento.²²

Nos tempos atuais deve-se propiciar ao aluno a possibilidade de se tornar letrado, e por esse motivo, acreditamos ser mais coerente adotarmos como conceito fundamentador de nossas análises acerca do professor como emancipador da leitura o que Kleiman chama de agente de letramento.

²² PETIT, Michele. *Os jovens e a leitura: uma nova perspectiva*. 34. ed. São Paulo: Editora 34, 2008. p.149- 160-161.

É nesse sentido, com o intuito de buscar uma prática diferenciada e emancipadora, que advogamos em favor do professor como agente de letramento. Para definir esse novo papel do professor, Kleiman faz um percurso que parte do conceito de prática social - “seqüência de atividades recorrentes e com objetivo comum que dependem de tecnologias, de sistemas de conhecimento específicos e de capacidades para ação”, evoluindo para a definição de agente social, para então apresentar as características de um agente de letramento.

Assumindo esse papel de agente de letramento, o professor de línguas concretiza a possibilidade de tornar autônomos grupos que, na maioria das vezes, tem suas vozes silenciadas. Essa viabilização do senso de autonomia torna-se passível de acontecer quando, executando sua função de mobilizador dos saberes e experiências dos alunos, o professor os incita à ação via práticas letradas.

Além do benefício proporcionado à formação de seu aluno, para o professor, incorporar o papel de agente de letramento significa tornar-se ator, um agente da coletividade, e por conseqüência promover a própria autonomia, obliterando a imagem de reprodutor e aplicador de teorias.

No rol de características ensejadas pela função do professor como agente de letramento figuram, portanto, a participação coletiva, a mobilização e agência, a autonomia e a autoria, configurando-se estas em representações desejáveis de um professor para que haja a promoção da negociação à uma participação mais democrática, tanto por parte dele, como dos alunos que por ele serão formados, numa sociedade de práticas sociais letradas.²³

10. O LEITOR TRABALHADO POR SUA LEITURA

O leitor não é passivo da sua leitura, ele opera um trabalho produtivo, ele reescreve. Altera sentido, faz o que bem entende, distorce, reemprega, introduz variantes, deixa de lado os usos corretos. Mas ele também é

²³ ROCHA, Maurício Canuto. Leitura e Ensino: O Silenciamento de Sentido no Livro Didático. <http://monografias.brasilecola.com/educacao/leitura-ensino-silenciamento-sentido-no-livro-didatico.htm>. Acesso em 3 de jul. de 2011.

transformado: encontra algo que não esperava e não sabe nunca aonde isso poderá levá-lo.

Existe algo na leitura, que é da ordem do trabalho psíquico, no sentido em que os psicanalistas falam de trabalho do sonho, trabalho do luto, trabalho de criação. É a dimensão que nos parece essencial e que muitos leitores experimentam, mesmo aqueles provenientes de meios mais modestos; ainda que, naturalmente, não empreguem essas palavras para falar dela. No entanto, curiosamente, essa experiência corriqueira é, muitas vezes, silenciada ou desconhecida.

Ler é, portanto a oportunidade de encontrar um tempo para si mesmo, de forma clandestina ou discreta, tempo de imaginar outras possibilidades e reforçar o espírito crítico. De obter uma certa distância, um certo "jogo" em relação aos modos de pensar e viver de seus próximos. Pode conjugar suas relações de inclusão quando se encontram entre duas culturas, em vez de travar uma batalha em seu coração. Em termos gerais, é um atalho que leva à elaboração de uma identidade singular, aberta, em movimento, evitando que se precipitem nos modelos preestabelecidos de identidade que asseguram seu pertencimento integral a um grupo, uma seita, uma etnia.

A seus olhos, o "livro" por excelência é o romance, que permite abrir seu imaginário, ampliar o repertório das identificações possíveis, e se deixar levar pelo devaneio subjetivo de um escritor. Mas também podem encontrar palavras que os acolhem nos textos mais diversos. Caçam furtivamente nos textos, buscando algo que os toques independentemente das categorias, das classificações convencionais, das linhas de divisão entre gêneros mais ou menos legítimos. As divisões que estabelecem uma oposição entre leituras "úteis" e "leituras de distração" não valem mais: eles podem se divertir com o movimento das estrelas, e pensar que seja infinitamente "útil" e precioso descobrir palavras que dão voz a seus medos ocultos ou um sentido à sua vida.

Também são igualmente imprevisíveis na forma como recebem um texto: deslizam sua fantasia entre as linhas, deturpam seu sentido. Muitas vezes, extraem apenas alguns fragmentos, uma frase, uma metáfora, que

copiam ou esquecem rapidamente, mas que de todo modo deslocam o ponto de vista a partir do qual se pensam ou pensam em relação ao mundo.²⁴

CONCLUSÃO

Verificou-se, ao longo deste artigo, que a maioria dos jovens não lê porque de fato não está preparada para efetuar uma leitura significativa. A falta de competência acaba impedindo o pleno entendimento, restando apenas, a maioria dos estudantes (e dos brasileiros em geral) a mera decodificação que, ao final, não traz nenhum benefício.

Na realidade, boa parte de nossos educandos consegue internalizar somente os aspectos superficiais daquilo que leem, e perdem o que há de melhor (não tendo acesso ao que há de mais significativo no texto).

É indispensável, para se reverter tal insucesso, que os educadores sejam melhor capacitados e estejam em constante aperfeiçoamento. A demanda atual é por educadores que queiram aprender e aperfeiçoar-se. Para isso, é necessária constância na leitura, até mesmo para dar o exemplo aos estudantes.

Logo, é urgente tornar a leitura o instrumento de toda e qualquer aprendizagem escolar, ou seja, transformá-la na “estrela” da educação. Todo professor, de qualquer disciplina, deve de ser um professor de leitura (deve ter tal competência); trabalhar textos, aferir grau de compreensão e apreensão do conhecimento, pelos discentes, através da, preparando-os para o ato de ler. E para que isso efetivamente se concretize, é necessário realizar algumas atividades preliminares à leitura, como a pesquisa por parte dos jovens, do assunto que será abordado no texto, pois ela os ajuda na composição de um repertório de informações acerca da temática do texto que lido.

Depois da pesquisa e conseqüentemente aumento do conhecimento prévio acerca da temática do texto, o educador deve promover

²⁴ PETIT, Michele. *op. cit.* p. 28-30-56.

debates, mediar discussões, para que os alunos testem hipóteses e exercitem possíveis argumentações.

O docente, nesse trabalho de pré-leitura, deve, também, utilizar questões que levem os alunos à reflexão, que os façam perceber determinados fenômenos, determinadas minúcias do texto. Texto que evidentemente tem de atender aos anseios dos educandos, porque os seres humanos só lemos aquilo que desperta interesse. Sendo assim, cabe ao professor conhecer seus alunos, a comunidade à qual eles pertencem, seus problemas, suas crenças, seus costumes, enfim, propor aos estudantes leituras que se aproximem de suas expectativas e que os motivem por lhes serem significativas.

Cumpridas essas etapas preliminares, os alunos teem mais condições de fazer uma leitura proveitosa cuja aprendizagem não se restringirá à decodificação.

Os educandos, em princípio, podem não enxergar um dado texto como merecedor de sua atenção. É nesse momento que o professor vença seu maior desafio: reverter esse desinteresse. Convencer os resistentes leitores a darem uma “chance” ao texto.

O “aprendente” ao dar-se conta de que a leitura lhe agregará conhecimentos pertinentes e ao conseguir, devido ao trabalho de orientação do professor, entender o texto, não deixará de lê-lo. Só o fará se o texto lhe trouxer algo de novo ou relevante.

Todas essas atividades preliminares requerem do professor preparo, competência e consciência de sua árdua, mas gratificante missão de formar leitores. Estes, depois de formados, passam a ser autodidatas e influenciam outros a seguirem igual caminho, isto é, tornar-se-ão exemplos a outros iniciantes.

Consideramos, portanto, que o texto literário satisfaz nossos desejos pela beleza, pela poesia e, inclusive, pela fantasia. A literatura, pelo emprego da fantasia, emancipa seu leitor, pois ela o motiva a refletir acerca da sociedade que o circunda, incentivando, assim, sua capacidade crítica e imaginativa. Quando o leitor se depara, na ficção, com um mundo mais justo e igualitário, ele se pergunta por que a realidade não é assim. O texto produz, então, nesse leitor desejos de mudanças.

Portanto, pode-se afirmar que a emancipação e a formação do jovem dependem da leitura, bem como a emancipação e a formação de uma sociedade dependem do desempenho dos jovens.²⁵

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALLIENDE, Felipe. CONDEMARÍN, Mabel; traduzido por Ernani Rosa. *A leitura: Teoria, avaliação e desenvolvimento*. 8. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.

BAMBARGER, Richard. *Como incentivar o hábito da leitura*. 6. ed. São Paulo: Bomlivro, 1995.

BARRICELLI, Célio Cirillo. *A importância da leitura para formação e emancipação dos jovens*. São Paulo, 2008, 41 p. Monografia (Especialização *lato sensu* em Língua Portuguesa) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão.

BOCK, Ana M. Bahia (org). *Psicologias: uma introdução ao estudo de Psicologia*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

VYGOTSKY, L. S. *Pensamento e Linguagem*. São Paulo, Martins Fontes, 1993.

FICHER, Steven R.; traduzido por Claudia Freire. *História da leitura*. 1. ed. São Paulo: Unesp, 2006.

JOUBE, Vicent; traduzido por Brigitte Hervot. *A leitura*. 1. ed. São Paulo: Unesp, 2002.

KENSKI, Vani Moreira. O Ensino e os recursos didáticos em uma sociedade cheia de tecnologias. In VEIGA, Ilma P. Alencastro (org). *Didática: o Ensino e suas relações*. 1. ed. Campinas: Papirus, 1996.

KLEIMAN, Ângela. *Texto e leitor: aspectos cognitivos da leitura*. 4. ed. Campinas: Pontes, 1995.

LOPES, Antonia Osima. Relação de interdependência entre ensino e aprendizagem. In VEIGA, Ilma P. Alencastro (org). *Didática: o Ensino e suas relações*. Campinas: Papirus, 1996.

²⁵ BARRICELLI, Célio Cirillo. *A importância da leitura para formação e emancipação dos jovens*. São Paulo, 2008, 41 p. Monografia (Especialização *lato sensu* em Língua Portuguesa) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão.

MANGUEL, Alberto. *Uma história da leitura*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

MARTINS, Maria Helena. *O que é leitura*. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1984.

PETIT, Michele. *Os jovens e a leitura: uma nova perspectiva*. 34. ed. São Paulo: Editora 34, 2008.

ROCHA, Maurício Canuto. *Leitura e Ensino: O Silenciamento de Sentido no Livro Didático. Brasil Escola. Educação.* Disponível em: <http://monografias.brasilecola.com/educacao/leitura-ensino-silenciamento-sentido-no-livro-didatico.htm>.

DA RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO – DANOS INDENIZÁVEISMarcos Gustavo de Oliveira¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. Do Estado. 2. Responsabilidade Extracontratual do Estado. 2.1. Histórico da Responsabilidade. 2.2. Teorias acerca da responsabilidade extracontratual do Estado. 2.3. Responsabilidade objetiva e subjetiva. 2.4. Dos atos comissivos e omissivos. 2.5. Dos atos lícitos e ilícitos. 2.6. Do dever de indenizar. 2.7. Das causas excludentes de responsabilidade. 2.8. Reparação do Dano. 2.9. Ação regressiva. 2.10. Responsabilidade administrativa, civil e penal do agente público. 3. Dos Danos Indenizáveis. 3.1. Responsabilidade do Estado na prestação de serviços públicos. 3.2. Responsabilidade do Estado por Atos Legislativos. 3.3. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. 3.4. Responsabilidade do Estado por eventos da natureza. Conclusão. Referências Bibliográficas.

RESUMO: A responsabilidade extracontratual do Estado por danos indenizáveis deve ser entendida como àquela relação jurídica em que o prejudicado e o causador do dano estão fora de vínculos contratuais, em outras palavras, quando há por parte do Estado o dever de recompor a esfera patrimonial do administrado por eventuais danos oriundos de uma ação ou omissão estatal sem que exista, até então, qualquer vínculo jurídico-contratual entre eles. Ao esposar tal entendimento é forçoso concluir que também só será mensurável o *quantum* indenizatório depois de observado as particularidades do caso concreto, verificando precipuamente se houve realmente o dano, se há um nexo de causalidade entre o fato e o dano, e se este resultado danoso é oriundo de uma conduta comissiva ou omissiva do agente público.

Diante deste quadro, cabe, pois, ao Poder Judiciário intervir, de modo a determinar o responsável pelo dano, verificar diante do caso concreto se há ou não causas excludentes de responsabilidade estatal e, por conseguinte, restando claro o dever de indenizar, estabelecer a justa indenização pelos danos ocorridos, visando sempre a restabelecer o *status quo ante* do patrimônio do administrado.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade extracontratual do Estado – Danos indenizáveis – Agente Público – Administrado – Poder Judiciário.

ABSTRACT: The contractual liability of the State for damages compensable should be construed as legal relationship to that in which the injured and the tortfeasor are out of contractual relationships, in other words, when the state's duty to restore the sphere of equity administered by any damages arising from an act or omission that there is no state, so far, any legal-contract between them. By espousing such understanding is also clear that the quantum will only be measurable after severance observed the particularities of the case, if there really checking the damage, if there is a causal link between the fact and the damage, and if this result is harmful native of conduct commission or omission of the public official.

¹ Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Estagiário do Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS.

Given this framework, it is therefore the judiciary to intervene in order to determine the person responsible for the damage, check on the case whether or not the causes of exclusive state responsibility and, therefore, leaving the clear duty to indemnify, establish fair compensation for the damages incurred, always aiming to restore the status quo ante of administered assets.

INTRODUÇÃO

Da própria origem da palavra responsabilidade pode-se colher a sua procedência, pois esta provém do latim *respondere*, ou seja, responder a algo. A noção de responsabilidade civil se desdobra em dois ramos principais, a responsabilidade civil contratual, que seria a ensejadora do prejuízo do lesionado, por derivar de um inadimplemento contratual e a responsabilidade civil extracontratual, também tratada como aquiliana, é aquela em que o prejudicado e o causador do dano estão fora de vínculos contratuais. É justamente neste segundo entendimento (responsabilidade civil extracontratual) que nos debruçaremos para o desenvolvimento do presente trabalho.

A distinção entre a responsabilidade civil contratual e extracontratual, nos é dada por Silvio Rodrigues²:

“Na hipótese de responsabilidade contratual, antes da obrigação de indenizar emergir, existe, entre o inadimplente e seu co-contratante, um vínculo jurídico derivado da convenção; na hipótese da responsabilidade aquiliana, nenhum liame jurídico existe entre o causador do dano e a vítima, até que o ato daquele ponha em ação os princípios geradores de sua obrigação de indenizar”.

Observando o exposto alhures, adverte com maestria professor Aguiar Dias³ ao expor que:

“É preciso compreender, porém, que o fato de considerar desse ponto de vista a questão, não importa em arrasar as diferenças existentes entre os dois aspectos da responsabilidade. O que se quer significar é que essas diferenças não são fundamentais,

² RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: *Responsabilidade Civil*. 20º ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 6.

³ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 124.

não atingem os princípios essenciais da responsabilidade”.

Pelos conceitos acima mencionados, firma-se o entendimento de que a responsabilidade extracontratual advém de uma ação ensejadora de imputabilidade a alguém, relativamente à ação ou omissão por ela praticada, por pessoa por quem ela responda, por alguma coisa a ela pertencente ou por imposição legal, que enseja a obrigação de reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros.⁴

Não se pode perder de vista que o Estado é uma realidade técnica e jurídica construída pelo direito, e como tal, é dotado de personalidade jurídica, o que o torna sujeito de direitos e obrigações, tal como ocorre com os indivíduos. Logo, o ordenamento jurídico deve dispensar proteção a ambos, não sendo lógico ou razoável assegurar ao Estado qualquer privilégio, até mesmo porque, dentro do estado de direito em que vivemos, corolário básico é a preservação dos direitos individuais, eventualmente prejudicados em virtude do desempenho da atividade pública, com vistas ao bem comum da coletividade, em consonância e com fundamento nos princípios da igualdade e da legalidade, que devem nortear toda e qualquer ação estatal.

Nessa esteira, deve-se atentar ao necessário exame de condutas públicas, que hodiernamente deve ser dotada de flexibilidade suficiente para oferecer, em qualquer época, uma prestação de serviços hábil a satisfazer as necessidades coletivas, e quando necessário restabelecer o equilíbrio desfeito por ocasião do dano, considerando, em cada tempo, as normas jurídicas vigentes.

1. DO ESTADO

⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 16ª edição: Saraiva, 2002, p. 34.

O Estado é uma sociedade que se constitui essencialmente de um grupo de indivíduos unidos e organizados. Essa sociedade política é determinada por normas de direito positivo, é hierarquizada sob a forma de governantes e governados e tem como finalidade o bem público.

Lembra José Alfredo de Oliveira Baracho⁵, que:

“A noção de Estado é tida como pressuposto a todo estudo do direito público, em geral, e do direito constitucional, em particular, razão pelo qual se observa grande empenho dos publicistas em delimitá-lo. Ao fazê-lo, constata-se que as noções apresentadas pelos estudiosos da doutrina do Estado evidenciam que é necessário estudá-lo sob o aspecto social, político e jurídico, com vistas a explicar sua origem, estrutura, evolução, fundamentos e fins”.

O Estado é constituído de três elementos: povo, território e governo⁶. O Estado Contemporâneo se caracterizou por sua formação jurídica, com discursos Constitucionais que estabeleciam sua submissão à sociedade, encontrando-se referência à origem do Poder estatal com sendo a nação ou o povo.

Dentro da comunidade política do Estado, existe uma ordenação da estrutura do poder, tendo como pressuposto um processo de atuação jurídica comumente definida como *funções do Estado*. Em princípio, vale mencionar que o Estado é uno e indivisível, todavia, as funções decorrentes do exercício de seus poder são as formas pelas quais a atividade dominadora do Estado se manifesta sobre as pessoas. A ministra Eliana Calmon defendeu em um voto que as funções estatais, Executivo, Legislativo e Judiciário não podem ser concebidas de forma estanque. São independentes, sim, mas, até o limite em que a Constituição Federal impõe o controle de uma sobre as outras, de modo que o poder estatal, que, de fato, é uno, funcione em permanente autocontrole, fiscalização e equilíbrio⁷.

⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Regimes Políticos*. São Paulo: Resenha Universitária, 1984, p. 119 e 137.

⁶ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição: direito constitucional positivo*. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2005, p. 74 – 76.

⁷ Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, REsp 429570/GO; Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 22.03.2004 p. 277 RSTJ vol. 187 p. 219

2 RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

2.1 Histórico da Responsabilidade Extracontratual do Estado

A responsabilidade extracontratual do Estado só passou a ser reconhecida com o aprimoramento da organização jurídico-política, exatamente na instituição do Judiciário como um real e efetivo poder. Estando o órgão estatal se estabelecido sob bases fundamentadas no direito e na democracia, corolário lógico que a noção de irresponsabilidade fosse extirpada, já que a *responsabilidade é, pois, princípio jurídico embaixador do sistema jurídico democrático*.

Tal ideologia torna-se ainda mais reforçada pela tripartição dos poderes e o surgimento do Poder Judiciário, com o objetivo de dizer o direito, consubstanciando-se em elemento passível de acesso do indivíduo, com o condão de modificar uma situação danosa às suas garantias previamente normatizadas, situação não vivenciada até então dentro dos domínios de um Estado absoluto⁸.

Foi na França inclusive que se estabeleceu o primeiro caso de responsabilidade extracontratual do Estado, quando o Tribunal de conflitos da França em 08/02/1873, julgou o caso *Agnès Blanco* considerando um divisor de águas no que tange a responsabilidade do Estado por prejuízos causados aos particulares. Este caso tratou do atropelamento da menina Agnès Blanco, em 1873, em Bordeaux, na França.

Agnès foi atropelada por uma vagonete da Companhia Nacional de Manufatura de Tabaco, de exploração do Estado. O pai da menina acionou a justiça, com um pedido de indenização, alegando a responsabilidade civil do Estado por prejuízos causados a terceiros, em face das atividades de seus agentes. O pedido chegou ao Conselho de Estado Francês, que decidiu pela responsabilização do Estado pela reparação dos danos causados à menina atropelada⁹.

No Brasil houve notável avanço na evolução do tema com o advento da Constituição Federal de 1946, marco da chamada democratização do Brasil, porque pôs fim ao ciclo histórico do intitulado *Estado Novo*. Até então prevalecia o

⁸ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Observações sobre a responsabilidade patrimonial do Estado*. Revista de informações legislativas, Brasília, nº 111, p. 80, jul/set.1991.

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

entendimento adotado no Código Civil de 1916 que prescrevia nos termos do seu art. 15 que *as pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano*¹⁰.

De modo brilhante, e em referência ao referido artigo do Código Civil de 1916, o doutrinador Clóvis Beviláqua¹¹ apontava os fundamentos jurídicos da responsabilidade primária ou direta do Estado, os quais informavam o enunciado da regra ali fixada, excerto a merecer transcrição, pelo seu conteúdo científico:

“Todo dano deve ser reparado, por quem, injustamente o praticou. Nos danos causados por atos da administração pública, a responsabilidade não pode ser desviada, porque ela age por intermédio dos seus órgãos. Entre o funcionário e o Estado ou Município há uma relação mais íntima do que na representação comum do mandante pelo mandatário; e se, o comitente responde pelos atos do procurador, com razão mais forte deve responder a administração pelos atos de seus órgãos. O fundamento dessa responsabilidade é o princípio jurídico, em virtude do qual, toda lesão de direito deve ser reparada, todo dano ressarcido, e que o Estado, tendo por função principal realizar o direito, não pode chamar a si o privilégio de contrariar, no seu interesse, esse princípio de justiça”.

E por fim, a Constituição Federal atualmente em vigor, promulgada em 05 de Outubro de 1988, mantendo o princípio geral da responsabilidade objetiva do Estado pelo risco administrativo, introduzido no direito brasileiro desde a Constituição de 1946, ao determinar que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (art. 37, § 6º, CF/88).

¹⁰ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade Civil do Estado no Direito Brasileiro*. [Revista de direito social](#), Porto Alegre: Notadez, v. 9, n. 34, p. 40, abr./jun. 2009.

¹¹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados unidos do Brasil*. Edição Histórica, 7º tir. Rio de Janeiro: Ed. Rio, v.1. Francisco Alves, 1917.

2.2 Teorias acerca da responsabilidade extracontratual do Estado

Em termos de evolução da obrigatoriedade que o Estado tem de recompor o patrimônio diminuído em razão de seus atos, a Administração Pública viveu fases distintas, indo da *irresponsabilidade* para a *responsabilidade com culpa civil ou administrativa*, e desta para a *responsabilidade sem culpa*, nas modalidades do *risco administrativo* e do *risco integral*¹².

A *teoria da irresponsabilidade* foi adotada inicialmente na época dos Estados absolutos e repousava fundamentalmente na idéia de soberania: o Estado dispõe de autoridade incontestável perante o súdito; ele exerce a tutela do direito, não podendo, por isso, agir contra ele.

O estágio da responsabilidade com *culpa civil do Estado* ou também chamada de *responsabilidade subjetiva do Estado*, instaura-se sob a influência do liberalismo, que assemelhava, para fins de indenização, o Estado ao indivíduo. Por esse artifício, o Estado tornava-se responsável, e como tal, obrigado a indenizar sempre que seus agentes houvessem agido com culpa ou dolo. *O fulcro, então, da obrigação de indenizar era a culpa ou dolo do agente; é a teoria da culpa civil*¹³.

Já no período final do século XIX e início do século XX, ao mesmo tempo da ratificação do Estado Democrático de Direito, principia a fase publicística da responsabilidade do Estado pelos atos de seus administrados. A partir daí começaram a surgir às teorias publicistas da responsabilidade do Estado: *teoria da culpa administrativa* e a *teoria do risco*, desdobrada, por alguns autores, em *teoria do risco administrativo* e *teoria do risco integral*.

A *teoria da culpa administrativa* (também chamada de culpa do serviço ou do acidente administrativo) procura desvincular a responsabilidade do Estado da idéia de culpa do funcionário. Passou a falar em culpa do serviço público ou, segundo os franceses, na *faute du service*. Ocorria a culpa do serviço sempre que este *não funcionava* (não existia, devendo existir), *funcionava mal* (devendo funcionar bem) ou

¹² GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 5º Ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 799.

¹³ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 5º Ed. São Paulo: Saraiva 2000. p. 800-801.

funcionava atrasado (devendo funcionar em tempo). Era a *teoria da culpa administrativa*, ou da *culpa anônima* (não se tem o causador direto do dano)¹⁴.

Dessa procura surge, sob a inspiração das decisões do Conselho de Estado francês, a *teoria da responsabilidade patrimonial sem culpa*, também chamada de *teoria da responsabilidade patrimonial objetiva*, *teoria do risco administrativo*, ou, simplesmente *teoria objetiva*, que amplia a proteção do administrado.

Com o advento da teoria objetiva a idéia de culpa é substituída pela de *nexo de causalidade* entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado. É indiferente que o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular. O que constitui pressuposto para a responsabilidade objetiva do Estado é que seja praticado um ato lícito ou ilícito, por agente público.

O Código Civil acolheu expressamente a teoria da responsabilidade objetiva, ligada à idéia de risco, conforme prescreve o artigo 927, parágrafo único, ao dispor que *haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar por sua natureza, risco para os direitos de outrem*¹⁵.

2.3 Responsabilidade Objetiva e Subjetiva

Como bem esclarece Silvio Rodrigues, em rigor não se pode afirmar que a responsabilidade objetiva e a responsabilidade subjetiva são espécies diferentes de responsabilidade. São sim, maneiras diferentes de encarar a obrigação de reparar o dano¹⁶, pois se torna evidente que hoje as duas teorias se completam em nosso ordenamento jurídico.

Segundo a teoria da responsabilidade subjetiva, para que haja a obrigação de indenizar é necessária que seja demonstrada à culpa do suposto violador do direito da vítima, sendo desta última a incumbência de provar tal situação para que tenha direito à indenização. Assim, a prova da culpa do agente passa a ser pressuposto estritamente

¹⁴ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 5º Ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p.801.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22º ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.642.

¹⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 20º ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 9-10.

necessário do dano indenizável, pois, dentro dessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configurará se este agiu com dolo ou culpa.

Ao contrário, a responsabilidade objetiva não mais encontra amparo no caráter da conduta do agente causador do dano, mas sim no risco que o exercício de sua atividade causa para terceiros, em função do proveito econômico daí resultante, e em regra é o mais comum quando se fala em responsabilidade extracontratual do Estado, que se consagra constitucionalmente nos ditames do artigo 37, § 6º, da Carta Magna que determina que *“as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”*.

Nessa esteira há de se observar que não haverá responsabilidade da Administração nos casos em que o agente causador do dano seja realmente um agente público, mas a sua atuação não esteja relacionada à esta sua condição ou no exercício dela.

2.4 Dos Atos comissivos e omissivos

No que tange aos fatos comissivos há um consenso generalizado entre os administrativistas que a interpretação do art. 37, §6º da Constituição, caminha pacificamente no sentido da afirmação da responsabilidade objetiva do Estado, pelo menos no que concerne aos atos praticados por agentes públicos ou por quem lhes faça às vezes quando da prestação de serviços estatais.

As hipóteses de dano derivado de omissão estatal podem ser diferenciadas basicamente de dois modos, a saber: em um primeiro momento haverá a omissão quando uma norma prevê o dever de atuação do Estado, e a omissão se caracterizará quando verificada à infração direta ao comando normativo, o que corresponde à infração direta ao dever jurídico preexistente (ilícito omissivo próprio). Num segundo momento há os casos em que a norma prescreve certo resultado danoso, o qual vem a se consumir em virtude da ausência da adoção de cautelas necessárias a tanto (ilícito omissivo impróprio)

Por fim e com bastante pertinência Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁷ acrescenta:

“É de se salientar que não pode ser o Estado responsabilizado quando, a despeito de ter procedido com todas as cautelas devidas em relação a um dado serviço, o dano vier a se consumir em virtude de força humana ou material alheia. A omissão estatal é condição do dano e não causa. Somente é razoável que o Poder Público responda por danos que não realizou quando estiver compelido pelo Direito a obstá-los. Constituiria um absurdo adotar solução distinta. O Estado deve, *a priori*, atender todos os interesses públicos primários. Aceitar que o sujeito prejudicado possa alegar a responsabilidade do Estado em virtude de qualquer lesão causada por terceiro, como um assalto em via pública, uma enchente qualquer, uma agressão sofrida em local público, seria transformar o Poder Público em um segurador universal”.

2.5 Atos Lícitos e Ilícitos

Essa concepção bipartida a respeito da responsabilidade extracontratual do Estado por atos lícitos e ilícitos é muito bem tratada por Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁸ que a expõe nos seguintes termos:

"A nosso ver, o fundamento se biparte. No caso de comportamentos ilícitos, comissivos ou omissivos, o dever de reparar o dano é a contrapartida da violação da legalidade. No caso de atos lícitos, parece-nos que o fundamento da responsabilidade estatal é a idéia de igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos. O que se pretende neste caso, através da responsabilidade do Estado é garantir uma repartição dos ônus provenientes dos atos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião do exercício de atividade desempenhada no interesse de todos."

Nessa mesma esteira perfaz a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁹ ao observa-se que:

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20º ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 897-898.

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20º ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 898.

“A responsabilidade estatal pode ser desencadeada não só por atos ditos ilícitos, como também por atos os quais, a princípio, não importam em ofensa à lei. Ao contrário do direito privado, em que a responsabilidade exige sempre um ato ilícito (contrário à lei), no direito administrativo ela pode decorrer de atos ou comportamentos que, embora lícitos, causem a pessoas determinadas ônus maior do que o imposto aos demais membros da coletividade”.

Para que se caracterize a responsabilidade civil por ato lícito, em tese, não é pressuposto para a responsabilidade estatal a caracterização de dolo ou culpa por parte do agente, de modo que o ato deve ser lícito para ser indenizado.

A responsabilidade extracontratual do Estado por ato ilícito pressupõe, em princípio, culpa do agente, ou seja, intenção de causar o dano lesivo ao patrimônio de outrem seja por ação ou omissão, dolo ou culpa (negligência, imprudência, imperícia) que resulte na obrigação de indenizar por parte do Estado.

Por fim, distinção básica entre o ato lícito e o ilícito é observar se o servidor/agente que praticou o ato sancionável estaria cumprindo estritamente o seu dever legal, pois nesse caso separa-se o ato lícito, do ato ilícito pelo direito de regresso.

2.6 Do dever de indenizar

O dever de indenizar representa uma circunstância elementar e essencial da responsabilidade civil, configura-se basicamente na reparação do dano causado a terceiro que de algum modo teve seu patrimônio ofendido em seu conjunto de valores protegidos pelo direito. Há de se destacar, que não é qualquer dano que é passível de ressarcimento, mais sim o dano injusto, afastando-se da esfera indenizável aquele autorizado pelo direito.

Pontualmente afirma Miguel Saad²⁰ que *“a prática do ato ilícito traz prejuízo para a vítima; este prejuízo sofrido é o elemento objetivo do ato ilícito, ocasionado pela*

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14.º ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 523.

²⁰ SAAD, Renan Miguel. *O ato ilícito e a responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994. p. 28.

diminuição de um bem jurídico qualquer do lesado. Pois bem, esta redução denomina-se dano”.

Neste tomo o dano ressarcível deve ser entendido como aquele que se mostre anormal, ou seja, uma vez verificado o dano, este obrigatoriamente deverá de ser constatado pela superação de razoáveis limites de suportabilidade²¹. A abrangência do dano visa precipuamente tornar a vítima indene, ou seja, fazê-la tornar a situação anterior, como se nada tivesse ocorrido²², com vistas a restaurar seu status *quo ante*.

É notório que muitas vezes diante do caso concreto não é possível devolver a vítima a situação anterior, tornando-a assim indene. Diante deste quadro, afirma Silvio Rodrigues²³, *“há de se recorrer a uma situação postiça, representada pelo pagamento de uma indenização em dinheiro. É um remédio nem sempre ideal, mas o único que se pode lançar mão”.*

2.7 Excludentes de responsabilidade

As excludentes de responsabilidade atuam sobre o nexos causal, tornando o agente não responsável pelo evento danoso²⁴. A rigor não é correto falar-se em excludente de responsabilidade, já que não há sequer uma responsabilidade a ser excluída. Como afirma Odoné Serrano Júnior²⁵:

“Na presença de tais situações, não é que se exima o agente de responsabilidade. Não. Ao contrário, sua responsabilidade não se configura por não ter contribuído, de forma alguma para o *eventus damni*. O dano não lhe pode ser atribuído nem a uma ação ou omissão sua ou de seu agente, nem como decorrência da atividade de risco por ele desenvolvida”.

²¹BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *A responsabilidade Civil da Administração Pública – Aspectos Relevantes. A Constituição Federal de 1988. A Questão da Omissão. Uma Visão a partir da Doutrina e da Jurisprudência Brasileiras*. In FREITAS, Juarez (org.) *Responsabilidade Civil do Estado*. 1º ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.327.

²²CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade do Estado por ato de seus agentes*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 69.

²³RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 20º ed. São Paulo: Saraiva, 2003.p, 204.

²⁴CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade do Estado por ato de seus agentes*. São Paulo:Atlas, 2000. p. 77.

²⁵SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade Civil do Estado por atos judiciais*. Curitiba: Juruá, 1996. p. 32.

É certo afirmar que a determinação do nexos causal entre a ação e dano sempre se faz pelos exames das causas excludentes de responsabilidade determinadas pela lei civil, que são, na verdade, o cerne da teoria do risco administrativo.

Ao se tratar das hipóteses de *exclusão* da responsabilidade civil do Estado, trata-se mais propriamente em determinar que não há elemento subjetivo reprovável por parte do agente que desempenha a função de órgão estatal. Todavia, o tratamento jurídico das diversas hipóteses exige, sempre, o exame da existência de infração ao dever de diligência que onera o Estado²⁶.

O exame das causas de irresponsabilidade do Estado se subdivide basicamente em: força maior, caso fortuito, estado de necessidade, culpa exclusiva da vítima ou de terceiro. Como asseverado, pode ocorrer que o lesado tenha contribuído para a produção do evento lesivo, em que isenta em parte o Estado, só respondendo este na proporção de sua ação ou omissão (causa atenuante)²⁷.

2.8 Reparação do dano

A vítima de ação danosa da Administração Pública pode conseguir a correspondente indenização através de procedimento administrativo ou judicial.

Cabe enfatizar, que o valor da indenização deve abranger o que a vítima efetivamente perdeu e o que gastou para ressarcir-se do prejuízo (danos emergentes), bem assim o que deixou de ganhar em consequência direta do ato lesivo causado pelo agente (lucros cessantes). A indenização do dano deve ser completa, vale dizer, o patrimônio da vítima, com o pagamento, deve permanecer inalterado, de modo que seu valor antes e depois do dano permaneça o mesmo. Atente-se para o fato que além dos valores devidos pelo dano deve agregar-se a ele a correção monetária e os juros de mora, se houver atraso no pagamento²⁸.

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *A responsabilidade do Estado*. In FREITAS, Juarez (org.) *Responsabilidade Civil do Estado*. 1º ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.238.

²⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *A responsabilidade Civil da Administração Pública – Aspectos Relevantes*. *A Constituição Federal de 1988. A Questão da Omissão. Uma Visão a partir da Doutrina e da Jurisprudência Brasileiras*. In FREITAS, Juarez (org.) *Responsabilidade Civil do Estado*. 1º ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.332.

²⁸ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 19º ed. Rio de Janeiro: Método, 2011. p. 781.

2.9 Ação regressiva

O direito de regresso da Administração Pública em face do agente causador do dano está constitucionalmente amparado nos ditames do § 6º do Art. 37 da Carta Magna, ocorre que o texto constitucional fala em *direito de regresso*, sem explicitar que *tal direito deva obrigatoriamente ser exercido em uma ação própria (ação regressiva) posterior a ação movida contra a Administração*. Para que a Administração exerça tal prerrogativa é estritamente necessário que se comprove já ter sido condenada a indenizar pelo dano causado, pois o seu direito de regresso nasce com o trânsito em julgado da decisão judicial condenatória, prolatada na ação de indenização²⁹. Cumpre observar, que o agente só será condenado a ressarcir a Administração regressivamente, se houver dolo ou culpa de sua parte³⁰.

Nesse sentido, a lição de Odoné Serrano Júnior³¹ que aduz que *para as entidades públicas, o ajuizamento da ação regressiva é obrigatório, face a indisponibilidade do interesse coletivo*. E continua na mesma linha de pensamento Carmem Lúcia Antunes³² ao dizer que:

“Se o Estado deve ser responsabilizado pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causam aos indivíduos, refoge a qualquer dúvida que não deve ser a sociedade onerada pelo pagamento da indenização devida e aperfeiçoada pela pessoa estatal, quando o dano decorreu de comportamento culposo – doloso ou por culpa *strictu sensu* – do seu autor”.

Conclui-se, portanto, que a responsabilidade é a marca do Estado Democrático Contemporâneo consubstanciado nos princípios da moralidade, legalidade e isonomia; assim ação regressiva contra o causador do dano reflete nitidamente a moralidade pública na utilização do patrimônio, que é da sociedade.

²⁹ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 19º ed. Rio de Janeiro: Método, 2011. p. 779.

³⁰ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 19º ed. Rio de Janeiro: Método, 2011. p.780.

³¹ SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade Civil do Estado por atos judiciais*. Curitiba: Juruá, 1996. p. 70.

³² [ROCHA, Carmem](#) Lúcia Antunes. *Observações sobre a responsabilidade patrimonial do Estado*. *Revista de Informação Legislativa*. São Paulo. ano 28, nº 111, jul./set. 1991.

2.10 Responsabilidade administrativa, civil e penal do agente público

Ao se tratar da responsabilidade do agente público deve-se atentar para a possibilidade de acumulação das responsabilidades civil, administrativa e penal do servidor em decorrência da conduta a ele imputada. Assim um mesmo ato lesivo de determinado agente público pode resultar em sua *responsabilização cumulativa*.

É de salutar importância a compreensão de que as responsabilidades administrativa, civil e penal são cumulativas e, em princípio, são independentes, essa regra está estabelecida no plano federal no artigo 125 da Lei nº 8.112/90.

Quando, entretanto, a órbita penal está envolvida, é possível ocorrer exceção à regra da independência das esferas da responsabilidade prevista na Lei nº 8.112/90.

Por conseguinte reconhece-se também a possibilidade de um mesmo ato ilícito repercutir nas esferas civil e penal. Nestes termos afirma Carlos Roberto Gonçalves³³:

“É possível que o ato ilícito, pela sua gravidade e suas consequências, repercute tanto na ordem civil como na penal. De um lado porque ele infringe norma de direito público, constituindo crime ou contravenção; de outro, porque acarreta prejuízo à terceiro. Neste caso haverá uma dupla reação do ordenamento jurídico, impondo a pena ao delinquente, e acolhendo o pedido de indenização formulado pela vítima”.

Cumprindo observar que na hipótese de um mesmo fato estar tipificado em uma lei como crime (ou contravenção), enquadrar-se em uma lei administrativa como infração disciplinar e, além disso, causar dano patrimonial ou moral a terceiro (responsabilidade civil), a condenação criminal do servidor por esse fato, uma vez transitada em julgado, interfere nas órbitas administrativa e cível, implicando o reconhecimento automático da responsabilidade do servidor, por esse fato, nessas duas esferas.

³³ GONÇALVES, Roberto Carlos. Comentários ao Código Civil, Volume XI. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 16.

Logo, se ocorre à condenação penal transitada em julgado, presume-se haver certeza jurídica de que o fato a ele imputado efetivamente ocorreu e de que foi ele o seu autor. Por essa razão, se, antes do trânsito em julgado da condenação penal - os processos de apuração das responsabilidades podem correr separada e independentemente de cada órbita -, o agente já tivesse sido absolvido, em relação ao mesmo fato, nas órbitas administrativa e civil, a superveniência da sentença penal condenatória acarretaria a desconstituição da decisão administrativa e da sentença civil.

3 DOS DANOS INDENIZÁVEIS

Neste terceiro capítulo estudaremos especificamente os *Danos Indenizáveis*, assim entendidas as situações que geram ao Estado a obrigação de ressarcir danos causados ao administrado. Todavia, cumpre aqui observar a dificuldade de elencar num rol taxativo todos os danos que podem vir a ser indenizáveis por parte do Estado, de sorte que seria inviável ou até mesmo impossível tratar de todos os casos fáticos que seria o Estado responsável pela indenização. Isto posto, é previdente de nossa parte esclarecer que *não ambicionamos esgotar todas as situações que configurariam um dano indenizável por parte do Estado*, assim mesmo que em apertadas linhas vamos esclarecer algumas situações que julgamos ser mais relevantes e pertinentes para o trabalho ora em tela.

3.1 Responsabilidade do Estado na Prestação de Serviços Públicos

Para definirmos serviço público nos utilizaremos do conceito formulado por Celso Antônio Bandeira de Mello³⁴, que, sob o tema, leciona:

“Serviço Público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de

³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20º Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo” .

Sendo assim quando determinada atividade possui status de serviço público ela reveste-se de uma série de princípios norteadores que devem ser obedecidos quando de seu exercício, dentre os quais podemos citar os princípios da *universalidade, impessoalidade, continuidade, modicidade de tarifas e razoabilidade*³⁵.

Para que determinada atividade tenha caráter público é necessário que esteja sob a égide dos poderes públicos, embora não necessariamente seja o poder público que os execute, em outras palavras, o serviço público pode, quando pertinente e necessário ser transferido a um agente privado, com prévia definição de suas condições de organização e funcionamento. Tal escolha será política e levará em consideração as necessidades do momento.

No que tange aos direitos dos usuários dos serviços públicos, torna-se pertinente destacar que a própria evolução do conceito de cidadania, que englobou não apenas a fruição dos direitos individuais clássicos, mas uma série de participações da própria vida do Estado levou a uma mudança do posicionamento do usuário a frente do serviço público. Antigamente a doutrina era mais avara ao reconhecimento, sobretudo, da possibilidade de se exigir a prestação do serviço público quando este fosse indevidamente negada. Hoje isto é plenamente reconhecido, mormente para os serviços *uti singuli*, assim entendidos àqueles destinados a indivíduos determinados ou determináveis. Diante, pois, da recusa de um serviço público, ou do seu fornecimento, ou mesmo da cessação indevida deste, pode o usuário utilizar-se de ações judiciais cabíveis, até as de rito mais célere, como o *mandado de segurança e a própria ação cominatória*³⁶.

Nestes termos a responsabilidade do Estado na prestação dos serviços públicos vem calcada na responsabilidade objetiva do Estado, nos termos do artigo 37 § 6º da Constituição que determina que *as pessoas jurídicas de direito público e as de direito*

³⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 4º Ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p . 169 – 172.

³⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 4º Ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p . 171.

privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Assim, o mandamento constitucional não deixa dúvidas de que o prestador de serviço público responde objetivamente pelos danos provenientes de sua ação ou omissão, que nesta qualidade, causar a terceiros, pouco importando ser o prestador do serviço o próprio Estado ou quem lhe faça às vezes.

A conclusão a que podemos chegar é que os direitos dos usuários de serviços públicos advêm dos princípios informadores do *serviço público*, que têm por fundamento a própria Constituição, de modo que nenhuma lei pode reduzir-lhes ou amesquinhar-lhes os contornos, nem a Administração Pública pode abdicar do fiel cumprimento desses direitos, *direitos subjetivos públicos*, que cada um de nós, como usuários, têm o direito de exercitar contra o Estado-Poder.

Para corroborar todo entendimento até aqui esposado aduz a Constituição Federal em seu artigo 37, § 3º, I, que é direito do cidadão receber serviços públicos dentro de um padrão que observe os princípios e as condições doutrinariamente estabelecidas. Prescreve também o artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor que os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. E termina em consonância com a Responsabilidade Extracontratual do Estado pela prestação dos serviços públicos conforme estudado neste capítulo, ao afirmar pontualmente que, nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

3.2 Responsabilidade do Estado por Atos Legislativo

Os atos legislativos, em regra, não acarretam a responsabilidade extracontratual para o Estado. O Poder Legislativo, na sua função normativa, atua com soberania, somente ficando sujeito às limitações impostas pela própria Constituição. Portanto,

desde que aja em estreita conformidade com os mandamentos constitucionais, elaborando normas gerais e abstratas, o Estado não pode ser responsabilizado por sua função legislativa³⁷.

Todavia, cumpre observar que a doutrina administrativista e a jurisprudência dos diversos tribunais pátrios, embora de modo não pacífico, têm firmado entendimento no sentido de reconhecer a possibilidade de atos legislativos ensejarem a responsabilidade civil do Estado em três situações específicas, a saber: *edição de leis inconstitucionais*; *edição de leis de efeitos concretos (constitucionais e inconstitucionais)*; e *por fim omissão no poder de legislar e regulamentar*³⁸.

No que concerne à responsabilidade do Estado pela *edição de leis inconstitucionais*, parte-se da premissa segundo o qual o Poder Legislativo possui, sim, soberania para editar leis, desde que, evidentemente, sejam elas elaboradas em conformidade com a Constituição Federal.

O Poder Legislativo tem o dever de respeitar as regras constitucionais; furtando-se a tal dever, e causando prejuízo ao administrado nasce o dever de indenizar por parte do Estado. O exercício da função de legislar, neste contexto, é que dá ensejo à responsabilidade do Estado, ou seja, se o ato da autoridade legislativa se contrapuser aos mandamentos constitucionais da carta Maior, e de sua execução resultar algum dano ou lesão aos particulares, vinculado estará o Estado aos danos resultantes da atuação legislativa. A consequência da declaração de inconstitucionalidade como tal implica no reconhecimento da existência de um *ilícito legislativo*, o que impõe a responsabilização do Estado pelos danos daí emergentes. Não é lícito ao legislador ordinário infringir o ordenamento constitucional.

Havendo assim a declaração de inconstitucionalidade da lei, a pessoa que tenha sofrido danos oriundos da sua incidência terá que ajuizar uma ação específica pleiteando uma indenização pelo dano decorrente da aplicação dessa lei que foi declarada inconstitucional³⁹, e um dos efeitos dessa decisão deve ser logicamente o de obrigar a União, o Estado ou o Município de reparar o dano causado ao indivíduo cujo

³⁷ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 19^o ed. Rio de Janeiro: Método, 2011. p. 773.

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22^o ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 654.

³⁹ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 19^o ed. Rio de Janeiro: Método, 2011. p. 773.

direito fora lesado – quer restituindo-lhe aquilo que indevidamente foi exigido do mesmo. Conclui-se, portanto, que é imprescindível que se verifique o nexo causal entre a lei inconstitucional e o dano ocorrido, de modo *que torna-se pressuposto ao direito de indenização o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma legal*, seja pelo controle difuso, seja pelo controle concentrado de constitucionalidade.

Aliás, neste sentido dispõe jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁴⁰ quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 153.464 em que o Ministro Celso de Mello firmou entendimento que *o Estado responde civilmente pelo dano causado em virtude de ato praticado com fundamento em lei declarada inconstitucional e uma vez praticado pelo poder público um ato prejudicial que se baseou em lei que não é lei, responde ele por suas consequências*.

Por outro lado há de se observar a responsabilidade do Estado por atos legislativos quando oriundo de *edição de leis de efeitos concretos (constitucionais e inconstitucionais)*, assim consideradas aquelas que não possuem caráter normativo, que não são dotadas de generalidade, impessoalidade e abstração. São leis apenas sem sentido formal (pois oriundas do Poder Legislativo), que *possuem destinatários certos, determinados*. Materialmente, elas são análogas aos atos administrativos individuais, com destinatários determinados e efeitos concretos⁴¹.

Neste contexto por serem promulgadas pelo Legislativo, com obediência ao processo de elaboração das leis, constitui, quanto ao conteúdo, verdadeiro ato administrativo, gerando, portanto, os mesmos efeitos que este quando cause prejuízo ao administrado, independentemente de considerações sobre a sua constitucionalidade ou não⁴². Trata-se de caso excepcional de leis que determinam situações jurídicas individuais no qual o dano será *equivalente* ao de lei inconstitucional, isto corre, pois possuem imperatividade e normatividade, como por exemplo *as leis de tombamento, as leis que concedem isenções fiscais, as que proíbem atividades ou condutas individuais, os decretos que desapropriam bens, os que fixam tarifas e etc.*

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 153.464. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 02/09/1992.

⁴¹ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 19º ed. Rio de Janeiro: Método, 2011. p. 773.

⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22º ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.656.

Neste diapasão acabam por ferir direitos de outrem, e com o gravame de ser aplicadas diretamente a estes particulares. Assim justamente por faltar-lhes a característica de generalidade e abstração inerentes aos atos normativos, podem vir a acarretar um ônus não suportado pelos demais membros da coletividade, de modo que os indivíduos lesados têm o direito de ver seus prejuízos ressarcidos pelo Estado, pois neste caso incide o princípio da repartição dos encargos sociais, como fundamento da responsabilidade civil do Estado.

Vale dizer que, em se tratando de leis de efeitos concretos, aceita-se a responsabilidade do Estado mesmo que ela seja constitucional, pois consoante a opinião do professor José Cratella Júnior⁴³ *o Estado responde civilmente pelos danos que o ato legislativo cause a um ou a um número restritíssimo de administrados, e pontua ainda mais ao perfazer que o próprio legislador insere na lei um dispositivo atenuante, prevendo uma indenização pelo dano.*

Quanto à responsabilidade do Estado por *omissão no poder de legislar e regulamentar* cumpre observar que esta responsabilidade se concretiza quando há notadamente um mandamento constitucional determinando a atuação legislativa no sentido de criar lei e regulamentar determinada situação, e ainda assim permanece o legislador inerte, de sorte que essa omissão legislativa venha a configurar uma lesão ao direito de outrem.

Neste contexto antevendo a possibilidade de o legislador pátrio quedar-se inerte frente aos mandamentos constitucionais que lhe cabe, o legislador constituinte sabiamente estabeleceu remédios constitucionais capazes de compeli-lo a agir, como a *ação direta de constitucionalidade por omissão* (artigo 103, § 2º da Constituição), e o *mandado de injunção* (artigo 5º, LXXI, da Constituição) sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania⁴⁴.

Ocorre que mesmo existindo estes instrumentos capazes de suprir a omissão legislativa, tais remédios constitucionais não têm sido, de fato, um meio hábil a favor da sociedade, por falta de uma efetiva regulamentação dos órgãos competentes para

⁴³ JÚNIOR CRATELLA, José. *Tratado de Direito Administrativo*. In DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 22º ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.656.

⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22º ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.657.

tanto, ou seja, em outras palavras, a nossa Corte Maior, lamentavelmente, em face da inércia legislativa, não adotou a posição concretista, suprindo, por si, a omissão estatal nas hipóteses em que mesmo cientificado, o Poder Legislativo insiste em não agir.

Neste sentido aduz o professor Dyrlei da Cunha Júnior⁴⁵ em uma profunda reflexão sobre o tema:

“O fato é que, a persistir aqui a omissão do poder público, sem se tomar nenhuma providência eficaz e real capaz de removê-la, corre-se o risco de se ter de assistir o deflagrar de um processo irreversível de falecimento do Estado Constitucional de Direito. E não é nenhum exagero supor que, neste caso, a ordem constitucional sucumbirá e o caos prevalecerá, pois não se está, na hipótese de omissão aqui aventada, apenas descumprindo a Constituição, mas deixando de realizar os valores mais fundamentais que ela consagra. Fórmulas inúteis, como a simples *ciência* ao Poder competente, não podem ser repetidas, sob pena de incidir em equívocos do passado”.

Outro não é o pensamento de Maurício Jorge Pereira da Mota⁴⁶, ao prescrever que:

“O princípio da efetividade da Constituição não se coaduna com a existência de espaços vazios não normatizados. Se o exercício de um direito constitucionalmente assegurado está sendo obstaculizado pela ausência de norma regulamentadora, numa omissão inconstitucional, e se ao Judiciário falece competência para suprir a lacuna no caso concreto por falta de densidade sêmica da norma constitucional, a situação deverá se resolver no âmbito da responsabilidade civil do Estado legislador, com a conversão do direito inconstitucionalmente negado no seu equivalente em pecúnia”.

⁴⁵ CUNHA JÚNIOR, Dyrlei da. **Controle de Constitucionalidade - Teoria e prática**. Salvador: Juspodivm, 2006. p.305. In SANTOS, Larissa Maria Mercês. *Responsabilidade civil do Estado por atos legislativos*.

Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/10791/responsabilidade-civil-do-estado-por-atos-legislativos/2#ixzz1umHUqqsL>. Acesso: 12 Mai. 2012.

⁴⁶ MOTA, Maurício Jorge Pereira da. **Responsabilidade Civil do Estado Legislador**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999. p. 181. In SANTOS, Larissa Maria Mercês. *Responsabilidade civil do Estado por atos legislativos*.

Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/10791/responsabilidade-civil-do-estado-por-atos-legislativos/2#ixzz1umHUqqsL>. Acesso: 12 Mai. 2012.

É forçoso concluir, portanto, que a omissão da norma pode ensejar a responsabilidade por perdas e danos, e assim é a posição do Supremo Tribunal Federal, que em julgado recente pela Excelsa Corte⁴⁷ no bojo do Recurso Extraordinário nº 472678-RN, o ministro Marco Aurélio manifestou-se, deixando sedimentado que o entendimento segundo o qual *cabe ao titular do direito subjetivo buscar a reposição patrimonial através do exercício de ação própria*.

Conclui-se, portanto, que já se desponta um novo horizonte nas concepções da doutrina moderna no que concerne ao tema das omissões legislativas, entendimento este que vem corroborado pelas recentes decisões do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a possibilidade de indenização quando o legislador permanece inerte mesmo havendo um comando constitucional que lhe determina a agir.

3.3 Responsabilidade do Estado por Atos Jurisdicionais

A jurisprudência brasileira não admite a responsabilidade civil do Estado em face dos atos jurisdicionais praticados pelo magistrado. Assim como ocorre com os atos legislativos, a regra geral, é a irresponsabilidade do Estado pelos atos jurisdicionais (praticados pelo juiz na sua função típica, de dizer o direito aplicável ao caso sob litígio, sentenciando)⁴⁸.

Sob esta perspectiva firma-se o entendimento que o Estado não responde por prejuízos decorrentes de *sentença* (o Poder Judiciário é soberano; os juízes devem agir com independência e sem qualquer preocupação quanto a seus atos ensejarem responsabilidade do Estado; o magistrado não é servidor público; a indenização quebraria o princípio da imutabilidade da coisa julgada). A sentença, neste contexto, por ser ato típico do Poder Judiciário, dificilmente poderá acarretar dano reparável (certo, especial, anormal, referente a uma situação protegida pelo direito e de valor economicamente apreciável)⁴⁹.

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 472678-RN. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 26/04/2007. Data da Publicação: 01/06/2007.

⁴⁸ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2011. p. 774.

⁴⁹ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 806.

Em contraste e este entendimento deve-se atentar que a soberania do Judiciário é vinculada à lei, em especial à Constituição; ademais, a independência dos órgãos jurisdicionais é inaceitável para o fim de excluir a responsabilidade do Estado, porque se trata de atributo inerente a cada um dos Poderes. No que tange à afirmação de não ser o juiz funcionário público, tal alegação não prospera uma vez que o magistrado ocupa cargo público criado por lei e se enquadra no conceito legal dessa categoria funcional. Ainda que se entenda ser ele agente político, é abrangido pela norma do artigo 37, § 6º da Constituição Federal, que emprega precisamente o vocábulo *agente* para abranger todas as categorias de pessoas que, a qualquer título, prestam serviços ao Estado⁵⁰.

Frise-se, todavia, que o argumento mais forte reside no entendimento que a responsabilidade do Estado pela função jurisdicional acarreta grave ofensa à coisa julgada, assim entendida a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário (Código de Processo Civil, artigo 467). Entende-se que a coisa julgada é a expressão máxima da verdade e instituto processual especialmente importante para a segurança das relações sociais, e a imutabilidade das decisões judiciais têm relevância social preponderante.

Mesmo sob esta ótica, esses argumentos impressionam, mas ficam desmontados diante de uma análise técnico-jurídica mais aprofundada. Isto porque, todos os sistemas jurídicos contemporâneos, inclusive o brasileiro, possuem mecanismos processuais que permitem rescindir e revisar a sentença revestida de qualidade da coisa julgada, justamente pela possibilidade de encerrar a sentença erro de fato ou de direito, mesmo submetida a diversos órgãos de jurisdição, quando impugnadas pelos recursos. Esses mecanismos são a *ação rescisória* para a sentença proferida no processo cível e trabalhista e a *revisão criminal* para a sentença proferida no processo penal.

Assim é o entendimento do professor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias⁵¹ ao pontuar:

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 659.

⁵¹ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 165

Ora, reconhecido o erro jurisdicional, de fato ou de direito, pelo próprio Estado, com o imediato desfazimento da coisa julgada, despontaria a responsabilidade do Estado, a ser suscitada em demanda com pretensão indenizatória ajuizada pelas partes ou terceiros prejudicados, visando o ressarcimento dos danos sofridos. A coisa julgada, então, não seria um obstáculo intransponível, mas um mero limite a ser transposto, antes de interessado buscar a reparação indenizatória pelo Estado, em virtude do erro por ele mesmo reconhecido.

De modo brilhante também completa a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵²:

“Deve-se atentar que as garantias de que se cerca a magistratura no direito brasileiro, previstas para assegurar a independência do Poder Judiciário, em benefício da Justiça, produziram a falsa idéia de intangibilidade, inacessibilidade e infalibilidade do magistrado, não reconhecida aos demais agentes públicos, gerando o efeito oposto de liberar o Estado de responsabilidade pelos *danos injustos* causados àqueles que procuram o Poder Judiciário precisamente para que seja feita justiça”.

Ocorre que tal entendimento da irresponsabilidade do Estado por atos jurisdicionais vem perdendo força, pois está surgindo movimento vigoroso em favor da ampliação do conceito de responsabilidade do Poder Judiciário, por motivos de ordem política e razões de ordem jurídica.

Do ponto de vista *político*, ganha dimensão o ideal de plena realização do estado de direito que impõe a gradual extinção da idéia da irresponsabilidade, advinda de resqúcio de privilégios antes concedidos a classes e pessoas para a manutenção de poderes e benefícios injustificáveis à luz do Estado Moderno, democrático, igualitário e solidário. *Juridicamente*, porque o ato estatal praticado através do juiz não se distingue ontologicamente das demais atividades do Estado, estas geradoras do dever de indenizar, uma vez presentes os requisitos.

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22^o ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 660.

Isto posto, o Estado-Juiz é mais uma fração do Poder Público que pode, através de seu agente, nessa qualidade, causar dano injusto, não havendo razão jurídica para impor ao lesado o sofrimento do prejuízo daí decorrente.

Neste contexto, *ainda maior o sentimento de inconformidade, pois o objetivo maior da jurisdição é realizar a justiça*⁵³.

De todo o exposto, conclui-se que o monopólio da prestação da justiça trouxe para o Estado, conseqüentemente, o dever de cumprir o encargo a contento, de modo a não violar o direito que prometeu proteger.

A atividade jurisdicional é eminentemente de caráter público, de sorte que a responsabilização por danos oriundos de sua atividade é condição de segurança para a ordem pública, por esta razão deve primordialmente pautar-se à disciplina jurídica do ordenamento pátrio, tendo por primícia o princípio da legalidade, reparando os efeitos dos atos lesivos causados pelos serviços públicos jurisdicionais.

3.4 Responsabilidade do Estado por Eventos da Natureza

Ao se tratar da responsabilidade extracontratual do Estado por eventos da natureza é imperioso destacar que tal responsabilidade esta correlacionada ao dever de diligência, cuidado objetivo e prudência que tem o Estado frente aos indivíduos, evitando ou antecipando-se o quanto possível ao dano oriundo de eventos naturais, assim entendidos aqueles causados por chuvas, deslizamentos, desmoronamentos, vendavais, tempestades e etc. Têm o Estado à obrigação de fiscalizar áreas de riscos à população e antever os eventos danosos, seja com a atuação do Poder de Polícia que lhe é inerente, seja com atitudes preventivas, mediante informações à população e orientações que devem ser transmitidas através de órgãos competentes para tanto, como a defesa civil.

Os eventos naturais são caracterizados primordialmente pela imprevisibilidade e inevitabilidade, todavia cumpre fazer a distinção entre *fatos da natureza* e *desastres naturais* que são situações diversas e que podem influenciar na responsabilidade ou

⁵³ AGUIAR JÚNIOR. Rui Rosado de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/9706-9705-1-PB.pdf>. Acessado em: 12 Mai. 2012.

não do Estado por suas ocorrências. Por fatos da natureza devem ser entendidos aquelas situações que ocorrem mais frequência como chuvas, ventanias, deslizamentos e etc., enquanto que desastres naturais se caracterizam por um evento físico de categoria perigosa como furacões, terremotos, tornados e etc.⁵⁴.

Neste sentido cumpre ao Estado evitar que tais eventos naturais, quando ocorrerem, causem um mínimo de prejuízo à população. Explica Cristiane Derani⁵⁵, professora especialista em direito ambiental:

“O Estado deve nortear-se nessas situações pelo *princípio da precaução*, assim entendidas as atitudes que devem ser tomadas pelo Estado frente a situações de desastres imprevisíveis, que importam em riscos que não podem ser medidos, mas que possivelmente podem ser minorados, através do afastamento do perigo com a utilização de melhores tecnologias e políticas públicas ambientais”.

A prevenção por parte do Estado visa, portanto, inibir o risco do dano, procurando evitar que um evento natural sabidamente perigoso venha gerar efeitos indesejáveis à população. Neste contexto é que o princípio da precaução atua, de modo a inibir o risco previamente estabelecido e tomando atitudes de por meios dos diversos órgãos do poder estatal (defesa civil, polícia militar, corpo de bombeiros e etc.).

Neste diapasão, havendo atividades omissivas ou comissivas do Poder Público de modo a influenciar nos riscos de dano à população, estas ações ou omissões forçam a sustentar a responsabilidade do Estado, que devem ser entendidas neste contexto como uma responsabilidade solidária, e não meramente subsidiária; pois de nada adianta o Estado se fazer valer de excludentes, quando cabalmente ficar comprovada sua responsabilidade objetiva.

Deve-se atentar que a responsabilidade civil do Estado tem sido indicada pelo pressuposto da falta de serviço ou omissão na forma de agir, por parte da administração pública, diante da necessidade de realização de obras necessárias para

⁵⁴ WALD, Arnaldo. *Direito civil: introdução e parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 212

⁵⁵ DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 169

prevenção, para evitar que consequências negativas aconteçam ou até mesmo para atenuar os danos causados pelos eventos naturais. De modo que para afastar-se das responsabilidades advindas dessas situações cabe ao Estado comprovar que agiu com diligência, presteza e que tomou as atitudes que lhe cabiam para evitar transtornos à população, caracterizando-se nitidamente nesses casos a inversão do ônus probatório, que não cabe ao indivíduo, mas sim ao Estado.

Logo, responde o Estado independente de culpa ou dolo pelos prejuízos advindos do evento danoso, quando ficar comprovado que houve um nexo de causalidade entre o prejuízo suportado pelo administrado em decorrência do evento natural e a omissão estatal pela má prestação dos serviços públicos que lhe cabiam. É sob ótica do artigo 37, § 6º da Constituição que se extrai a conclusão de que toda a vez que se configurar que a ação ou a inoperância do Estado prejudicar, por excesso ou falta de precaução, o âmago dos direitos fundamentais do indivíduo (seja patrimonial, social, ambiental) responderá objetivamente pelos danos causados. Consoante os princípios da proporcionalidade e da motivação, *o Estado Democrático de Direito tem o dever de evidenciar a não configuração do liame de causalidade entre o evento natural e o prejuízo dele resultante para afastar de sobre si o dever de indenizar*, sendo imperioso que fique cabalmente demonstrado a exclusão do nexo causal entre o evento natural e os danos sofridos pelo administrado⁵⁶.

Por conseguinte, sempre que houver *ameaça* de danos sérios e irreversíveis em razão de chuvas, desabamentos, erosões, deslizamentos, e etc., tem o Estado o dever de agir antecipadamente, de se precaver frente a situações ainda que hipotéticas, sob pena de ter que responder objetivamente pelos danos injustos causados à poluição. Assim, se o dano restar ocorrido, a omissão do Estado será por si só o nexo causal do prejuízo, efetivando, portanto, o direito de reparação patrimonial devido ao lesado.

Torna-se de suma importância destacar neste íterim a posição do professor Yusef Said Cahali⁵⁷ que bem descreve sobre o assunto ao perquirir que:

Se a abordagem se der no tocante
a enchentes, desabamentos, desmoronamentos,

⁵⁶ DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 169-170.

⁵⁷ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 363.

transbordamentos de rios ou de córregos, ainda que exista o elemento do grande volume de chuvas e sua continuidade, há de ser avaliada a questão da omissão estatal e, conseqüentemente, apuração da responsabilidade civil do Estado, gerando direito à reparação dos administrados. Dentro deste raciocínio, reconhece-se a responsabilidade da Administração Pública, devendo ser apurada como um todo, em razão de sua inércia. *De modo responsável a jurisprudência está tendo a cautela de não levar a extremos o risco integral da Administração por todos estes eventos, mas tem procurado estabelecer até que ponto se considera falta de serviço ou omissão, postos como causas para o reconhecimento da reparação, da obrigação de indenizar.*
(Sem grifos no original)

Por conseguinte, é válido esclarecer que nem sempre a produção de danos ocasionados por um evento natural está ligada tão somente às forças da natureza. Quando ocorrem casos de inundação de vias públicas por transbordamentos de córregos ou por má conservação dos bueiros públicos, tal responsabilização pelos danos oriundos dessa situação recai sobre o município, haja vista sua obrigação de manter a canalização dos córregos e rios, bem como a boa conservação dos bueiros que respondem pela vazão das águas da chuva. Assim os eventuais danos decorrentes das águas pluviais – tendo o Poder Público conhecimento de tais erros, sem tomar providências que visam evitar ou abrandar as conseqüências – e, por conseguinte, essa omissão vir a causar lesão ao administrado, deverá o ente municipal ser responsabilizado pela sua falat de serviço.

Sobre o assunto leciona o professor Yuseef Said Cahali⁵⁸ que, *mesmo tendo esse transbordamento, e conseqüente inundação, ocorridos em virtude da forte chuva, a destruição dos bens dos administrados pela omissão do Poder Público deve ser notadamente acolhido pelo instituto da responsabilidade civil do Estado.*

Outra situação que merece ser discorrida dada a grande ocorrência no meio social, e dada a sua imprevisibilidade e inevitabilidade é quando os ventos, vendavais ou tempestades causam a queda de árvores, galhos e postes de iluminação pública,

⁵⁸ CAHALI, Yuseef Said. *Responsabilidade civil do estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 366.

causando assim danos em casas e automóveis da população em geral. O assunto ora em análise é muito bem tratado pelo professor José Carlos de Oliveira⁵⁹ que aduz:

“A administração estará obrigada a reparar os danos provocados por queda de árvores, galhos, etc., sobre bens da população e até sobre pessoas, *quando houver a confirmação de que estes objetos causadores do dano eram pertencentes ao ente público – e, pertencentes ao ente público, o dano se deu por falha imputável à administração*, podendo ser representado por árvores em precárias condições, postes e torres que deveriam suportar tais eventos. Assim, o município responde patrimonialmente no dever de recomposição dos danos gerados ao administrado, quando constatado que tais árvores ou galhos estavam com pouca resistência, não suportando ventos e temporais, pois é de seu dever tal fiscalização, de acordo com a própria Constituição”.

Conclui-se, portanto, que o Estado tem o dever constitucional de agir com precaução, previsão e fiscalização, visando sempre à redução dos prejuízos causados pelos intempérios da natureza. A sociedade com um todo tem o direito de ver seus direitos resguardados pelo Estado, enquanto garantidor das condições mínimas de sobrevivência dos administrados, não podendo se escusar dos riscos inerentes de danos naturais. Não paira dúvidas, portanto, sobre a responsabilidade do Estado quando comprovado a omissão estatal frente a eventos naturais, devendo este tornar a vítima indene com relação aos danos sofridos em sua esfera patrimonial, consoante aos mandamentos constitucionais que regem o caso ora em tela.

CONCLUSÃO

Ao final deste trabalho entendemos que a responsabilidade extracontratual do Estado é um instituto abrangente e de difícil conceituação, tanto por sua importância na realidade social em que vivemos, como também pela amplitude que o cerca.

A partir do final do século XX a doutrina tem se mostrado mais atuante nessa área do conhecimento jurídico, enfocando com bastante pertinência as causas e os

⁵⁹ OLIVEIRA, José Carlos de. *Responsabilidade patrimonial do estado*. São Paulo: Edipro, 1995, p. 65.

efeitos da responsabilidade extracontratual do Estado. As ideias e as conclusões obtidas denotam claramente um aperfeiçoamento do assunto e vêm criando, ainda que de modo incipiente, uma maior conscientização da população em relação aos seus direitos e das autoridades no que tange à responsabilidade da Administração Pública. O resultado prático deste avanço doutrinário é sem sombra de dúvida o entendimento de se proteger, com medidas jurídicas de maior eficácia, os direitos morais e patrimoniais do cidadão, frente ao gigantismo do Estado.

É evidente a desproporcionalidade existente entre as forças da atividade estatal quando comparado ao particular, especialmente, por este, na era contemporânea, ver-se cercado por todos os lados pelos *laços* da Administração que atua em quase todas as frentes de atividade pública e privada. O Estado está presente cotidianamente na vida do administrado, outorgando-lhe direitos e deveres, nada mais justo, assim, ao se criar um sistema jurídico apto a defender os direitos subjetivos de cada pessoa e que seja plenamente respeitado pela entidade estatal. Este entendimento tem como primícia o ideal de uma sociedade justa e desenvolvida, apoiada nos princípios democráticos de direito que deve nortear a atuação do Estado frente ao indivíduo.

O ordenamento jurídico pátrio conduz ao entendimento de que o Estado é responsável por suas condutas, comissivas ou omissivas, que porventura venham a causar danos a terceiros. Neste tomo é que se introduz a o entendimento de responsabilidade extracontratual, pois, caracterizado o dano, deverá o Estado ressarcir os prejuízos causados ao indivíduo sem que seja necessário perquirir se há ou não um vínculo contratual ente ambos. É assim a determinação constitucional ao prescrever no bojo do artigo 37, § 6º da Constituição que *“as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”*.

Faz-se mister esclarecer que fazemos parte de uma sociedade assegurada pelo Poder Público, a qual se obrigou a zelar pelas condições mínimas de sobrevivência aos seus administrados, e ao gerar essa obrigação, não pode escusar-se de cumpri-la. Neste diapasão, o Estado está comprometido constitucionalmente a agir com precaução, previsão e cautela, pautando-se pelos princípios constitucionais que, se

cumpridos ao menos dentro de uma normalidade, com toda certeza garantiriam a redução dos danos à população.

É importante salientar também que dentro de uma perspectiva de um estado de direito em que vivemos o próprio ente público enquanto detentor de prerrogativas, competências e funções, passa a ser também sujeito de direitos e obrigações na seara jurídica, devendo submeter-se às leis por ele criadas e sujeitar-se aos princípios que o equiparam ao particular. Assim sendo, na medida em que a sociedade evolui seja tecnologicamente, economicamente ou socialmente, as atividades públicas, por conseguinte geram riscos cada vez maiores para os administrados, pois o Estado não fica alheio a estas evoluções.

Dentro dessas perspectivas, o fundamento dessa responsabilidade estatal se baseia no entendimento segundo o qual toda lesão deve ser reparada e todo o dano deve ser ressarcido, por quem, injustamente, o praticou, de modo que o Estado, que tem como uma de suas funções principais realizar o direito, não pode chamar a si o privilégio de contrariar, no seu interesse, esse princípio de justiça.

Destarte, a criação jurisprudencial tem contribuído, em larga escala, para alargar o círculo de fixação da responsabilidade extracontratual do Estado, até mesmo porque, o tema está, hoje, enriquecido pela diversidade de decisões jurisprudenciais que emanam dos mais diversos órgãos julgadores do país. Resta claro que quanto mais o Estado alarga a sua atuação, na mesma proporção tem contra si a instauração de ações por responsabilidade patrimonial em decorrência dos danos produzidos por seus agentes.

Cabe ao Estado para afastar de sobre si tal responsabilidade, provar que agiu com presteza, diligência e que tomou as atitudes que lhe cabiam para evitar transtornos à população, caracterizando-se nitidamente nesses casos a inversão do ônus probatório, que não cabe ao indivíduo, mas sim ao ente público. Ademais, sucumbe a idéia de responsabilidade estatal quando ocorrerem determinadas situações que, na verdade, retiram o nexo de causalidade entre a conduta estatal e o dano, como nos casos de força maior, caso fortuito, estado de necessidade e culpa exclusiva da vítima.

Com o termino deste trabalho cremos ter alcançado os objetivos propostos desde o início das pesquisas, e assim afirmamos com tranquilidade que este trabalho

sempre foi pautado com a seriedade e dedicação, com vistas a enriquecer e a incrementar a discussão jurídico-científica que trata do tema em óbice (Responsabilidade Extracontratual do Estado).

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JÚNIOR. Rui Rosado de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil.

Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/9706-9705-1-PB.pdf>.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2011.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *A responsabilidade Civil da Administração Pública – Aspectos Relevantes. A Constituição Federal de 1988. A Questão da Omissão. Uma Visão a partir da Doutrina e da Jurisprudência Brasileiras*. In FREITAS, Juarez (org.) *Responsabilidade Civil do Estado*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Regimes Políticos*. São Paulo: Resenha Universitária, 1984.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados unidos do Brasil*. Edição Histórica, 7ª tir. Rio de Janeiro: Ed. Rio, v.1. Francisco Alves, 1917.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição: direito constitucional positivo*. 14ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2005.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade do Estado por ato de seus agentes*. São Paulo: Atlas, 2000.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade - Teoria e prática**. Salvador: Juspodivm, 2006. p.305. In SANTOS, Larissa Maria Mercês. *Responsabilidade civil do Estado por atos legislativos*.

Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/10791/responsabilidade-civil-do-estado-por-atos-legislativos/2#ixzz1umHUqgsL>. Acesso: 12 Mai. 2012.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14^o ed. São Paulo: Atlas, 2002.
_____. *Direito administrativo*. 22^o ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10^o ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade Civil do Estado no Direito Brasileiro*. [Revista de direito social](#), Porto Alegre: Notadez, v. 9, n. 34, p. 40, abr./jun. 2009.

_____. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 16^o edição: Saraiva, 2002.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 5^o Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GONÇALVES, Roberto Carlos. *Comentários ao Código Civil, Volume XI*. São Paulo: Saraiva, 2003.

JÚNIOR CRATELLA, José. *Tratado de Direito Administrativo*. In DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 22^o ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *A responsabilidade do Estado*. In FREITAS, Juarez (org.) *Responsabilidade Civil do Estado*. 1º ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20º ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MOTA, Maurício Jorge Pereira da. **Responsabilidade Civil do Estado Legislador**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999. p. 181. In SANTOS, Larissa Maria Mercês. *Responsabilidade civil do Estado por atos legislativos*.

Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/10791/responsabilidade-civil-do-estado-por-atos-legislativos/2#ixzz1umHUqgsL>. Acesso: 12 Mai. 2012.

OLIVEIRA, José Carlos de. *Responsabilidade patrimonial do estado*. São Paulo: Edipro, 1995.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Observações sobre a responsabilidade patrimonial do Estado*. Revista de informações legislativas, Brasília, nº 111, p. 80, jul/set.1991.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 20º ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SAAD, Renan Miguel. *O ato ilícito e a responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994.

SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade Civil do Estado por atos judiciais*. Curitiba: Juruá, 1996.

WALD, Arnoldo. *Direito civil: introdução e parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.