

Organizadores:  
Luciana Lara  
Thiago Paluma  
Rafael Lara Martins

**DIREITO E LIVRE INICIATIVA NOS  
30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO:  
EXPERIÊNCIAS E DESAFIOS NO ÂMBITO DO  
DIREITO EMPRESARIAL E CORPORATIVO NO  
CONTEXTO GLOBAL**

Coleção Experiência Jurídica  
nos 30 anos da Constituição Brasileira

**7**

ESA/OAB-GO e PPGDP-UFG

Coordenadores:  
Rafael Lara Martins  
Saulo Pinto Coelho





Copyright© 2018 by Luciana Lara, Thiago Paluma, & Rafael Lara Martins

Editor Responsável: Aline Gostinski

Capa e Diagramação: Carla Botto de Barros

#### CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:

**EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**

*Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México*

**JUAREZ TAVARES**

*Catedrático de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Brasil*

**LUIS LÓPEZ GUERRA**

*Magistrado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha*

**OWEN M. FISS**

*Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA*

**TOMÁS S. VIVES ANTÓN**

*Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha*

D635      Direito e livre iniciativa nos 30 anos da Constituição: experiências e desafios no âmbito do direito empresarial e corporativo no contexto global.  
Organizadores: Luciana Lara, Thiago Paluma, Rafael Lara Martins. – 1.ed. – Florianópolis : Tirant lo Blanch, 2018. (Coleção Experiências Jurídicas nos 30 anos da Constituição Brasileira ; 7)  
214p.

ISBN: 978-85-9477-236-7

1. Brasil. 2. Direito empresarial. 3. Constituição Brasileira.  
I. Título.

CDU: 342

*É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais.*

*A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei nº 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº9.610/98).*

*Todos os direitos desta edição reservados à Tirant Empório do Direito Editorial Ltda.*



**Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.**

Av. Embaixador Abelardo Bueno, 1 - Barra da Tijuca

Dimension Office & Park, Ed. Lagoa 1, Salas 510D, 511D, 512D, 513D

Rio de Janeiro - RJ CEP: 22775-040

www.tirant.com.br - editora@tirant.com.br

Organizadores:  
Luciana Lara  
Thiago Paluma  
Rafael Lara Martins

**DIREITO E LIVRE INICIATIVA NOS  
30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO:  
EXPERIÊNCIAS E DESAFIOS NO ÂMBITO DO  
DIREITO EMPRESARIAL E CORPORATIVO NO  
CONTEXTO GLOBAL**

Coleção Experiência Jurídica  
nos 30 anos da Constituição Brasileira

**7**

ESA/OAB-GO e PPGDP-UFG

Coordenadores:  
Rafael Lara Martins  
Saulo Pinto Coelho



# COLEÇÃO EXPERIÊNCIA JURÍDICA NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO - ESA/OAB-GO E PPG-DP-UFG

## Coordenação:

Rafael Lara Martins (ESA/OAB-GO) e  
Saulo Pinto Coelho (PPGDP-UFG)

## Conselho Científico da Coleção:

Profa. Dra. Alessandra Silveira (U.Minho - Portugal)  
Prof. Dr. Alexandre Walmott (UFU)  
Profa. Dra. Diva Julia Safe Coelho (UFU)  
Prof. Dr. Felipe Bambirra (Uni-Alfa)  
Prof. Dr. Gonçal Mayos Solsona (UB - Espanha)  
Prof. Dr Leonardo Nunes (UFOP)  
Prof. Dr. João Porto (UniRV)  
Prof. Dr. Platon Teixeira de Azevedo Neto (UFG)  
Prof. Dr. Rogerio Gesta Leal (UNISC)  
Prof. Dr. Saulo Pinto Coelho (UFG)

# SUMÁRIO

<b>APRESENTAÇÃO DA COLEÇÃO.....</b>	<b>7</b>
Saulo Pinto Coelho (PPGDP-UFG) e Rafael Lara Martins (ESA/OAB-GO)	
<b>APRESENTAÇÃO DO LIVRO.....</b>	<b>11</b>
Luciana Lara Sena Lima Thiago Paluma Rafael Lara Martins	
<b>APRESENTAÇÃO DOS COORDENADORES E ORGANIZADORES..</b>	<b>15</b>
<b>APRESENTAÇÃO DOS AUTORES.....</b>	<b>17</b>
<b>PREFÁCIO</b>	
<b>PERCURSOS INTERDISCIPLINARES DA LIVRE INICIATIVA NO CENÁRIO DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.....</b>	<b>21</b>
Prof. Dr. Wilson Engelmann,	
<b>A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO PRESERVADOR- RECEBEDOR NAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS .....</b>	<b>23</b>
Edith Costa Antunes Machado Giolo Luciana Lara Sena Lima	
<b>AS BOAS PRÁTICAS ANTICORRUPÇÃO E A LIVRE INICIATIVA .</b>	<b>51</b>
Fernando de Paula Gomes Ferreira	
<b>DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL – ADJECÇÃO DE PRÁTICAS SOCIOAMBIENTAIS AO SETOR EMPRESARIAL .....</b>	<b>69</b>
Bruna Araújo Guimarães Nivaldo dos Santos	
<b>QUANDO UMA LEI PODE INTERVIR SOBRE A LIVRE INICIATIVA: O CASO DO SISTEMA DE TRANSPORTE PRIVADO DE PASSAGEIROS NO MUNICÍPIO DE PASSO FUNDO/RS, A ANÁLISE CRÍTICA SOBRE PONTOS POLÊMICOS E COMPARAÇÃO COM OS MUNICÍPIOS DE PORTO ALEGRE/RS, VITÓRIA/ES E SÃO PAULO/SP.....</b>	<b>93</b>
Cesar Augusto Cavazzola Junior	
<b>UBER E REGULAMENTAÇÃO: ANÁLISE DA LEI Nº 13.640/18 À LUZ DA TEORIA DAS ESCOLHAS PÚBLICAS .....</b>	<b>125</b>
Sandro Lucena Rosa	

<b>TUTELA DO CONSUMIDOR DE CRÉDITO NOS TRINTA ANOS PÓS-1988</b> .....	145
Frederico Oliveira Silva	
<b>O FOMENTO COMO INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA NA BUSCA PELO DESENVOLVIMENTO NACIONAL</b> .....	171
Andrei Rossi Mango	
<b>A EXPROPRIAÇÃO DE INVESTIMENTO ESTRANGEIRO POR INTERESSE PÚBLICO NO NOVO DIREITO ADMINISTRATIVO</b> .....	199
Gabriel Oliveira de Aguiar Borges Michel Evangelista Luz	
<b>ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO DE GOIÁS – GESTÃO 2016-2018</b> .....	213

## APRESENTAÇÃO DA COLEÇÃO

Mais que um a Ciência, o Direito é uma *experiência*. Uma experiência social complexa. Experiência no sentido expressado por pensadores como Hegel e Gadamer. Assim, é experiência, tanto no sentido imediato (*Erlebnis*, em alemão), vivência concreta de algo na dimensão existencial da cognição-ação (práxis) humana; quanto no seu sentido mediato (*Erfahrung*), experiência refletida, organizada epistemologicamente.

No campo do Direito, a experiência jurídica foi pensada e priorizada como a categoria fundamental dessa realidade social por juristas como o italiano Paolo Grossi, ou o brasileiro Miguel Reale, dentre outros.<sup>1</sup> (COELHO, 2010, p. 98-115)

Experiência jurídica é o complexo movimento existencial do Direito, desde a sua elaboração, à sua concreção; da abstrata dimensão legislativa, antecedida da política legislativa e da *jurisgênese* da norma abstrata, à dinâmica concreção normativa dos direitos, tanto a concreção vivida espontaneamente (vivência jurídico social do Direito), como a concreção orquestrada profissionalmente (vivência jurídico institucional), e à aplicação do Direito, que também é, em alguma medida e com limites, um momento *jurisgenético*.<sup>2</sup> (COELHO, 2017) Entre a elaboração do Direito e a concreção dos direitos, a experiência jurídica ainda abarca os momentos hermenêuticos de categorização, sistematização e disputas retórico-interpretativas da linguagem

---

1 Para uma articulação desses autores no que diz respeito à compreensão do direito como experiência, veja-se o artigo *Valor e atualidade da busca por um conceito crítico-reflexivo e histórico-especulativo para o Direito*, de Saulo Pinto Coelho. (2010, p. 98-115)

2 Em *Modelos jurídicos e função atualizadora da hermenêutica em Miguel Reale: a dialética da experiência de concreção do Direito* (COELHO, 2017) é possível acessar detalhamentos acerca da dinâmica da experiência jurídica à qual nos referimos.

jurídica. Assim, é dentro da experiência jurídica que está a ciência jurídica, como uma parte dela; um momento importante do movimento do Direito na realidade social.

As lacunas e abismos entre uma ‘ciência do direito’ e uma ‘prática jurídica’ são mais uma patologia jurídica (Grossi), a expressão de uma realização patológica do Direito, que marca a modernidade jurídica de algumas nações, do que um traço propriamente definidor da experiência jurídica na sua realidade e racionalidade. O Direito é uma *práxis* (um fazer, uma experiência que exige agir e pensar sobre esse agir, crítica e performaticamente), ao mesmo tempo que também é propriamente uma ciência, no sentido de que exige um momento concomitante de pensar organizado sobre essa experiência: uma ciência dessa experiência. Aí entra – ou deveria entrar – a Academia, as Faculdades, as Escolas de Direito, etc. Não há futuro bom, nem para a prática do Direito, nem para a Ciência do Direito, e nem para a sociedade, quando o fazer e o pensar, no Direito, se colocam em dimensões apartadas.

Por vezes, na experiência jurídica brasileira, percebe-se essa lacuna, esse abismo que mencionamos acima. Não estamos a falar de uma disputa, um antagonismo ou uma oposição entre teoria e prática. Antes fosse isso a nossa preocupação. Estamos a falar de um certo desprezo mútuo entre esses dois âmbitos do Direito: o dos acadêmicos e o dos práticos. Quando esse desprezo mútuo ocorre, se dá junto com ele a falência do Direito como experiência social. Quanto a isso, há que reverter esse estado de coisas. Há que resgatar a sinergia entre essas duas dimensões da experiência jurídica. Para tal, é preciso fomentar um duplo movimento de aproximação: desafiar e impulsionar a Academia a se preocupar e dedicar mais aos problemas práticos e concretos do Direito; e, por outro lado, conscientizar e convencer o mundo prático do Direito do valor e importância das teorizações jurídicas para a consolidação de uma linguagem e uma tradição jurídica capaz de dar consistência às práticas.

O Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas

da Universidade Federal de Goiás (PPGDP-UFG) e a Escola Superior da Advocacia da Ordem dos Advogados de Goiás (ESA/OAB-GO), desde 2016, vêm trabalhando juntos nesse propósito, conscientes desse desafio e da importância de levar a cabo essa tarefa.

O PPGDP-UFG é um Programa Profissional (atualmente contando com um Mestrado Profissional), pensado e concebido para aliar pesquisa jurídica de excelência à formação de *know-how* profissional e de aprimoramentos técnicos e institucionais, no campo da regulação, implementação e controle de políticas públicas no Brasil.

A ESA/OAB-GO, desde 2016, produziu uma guinada qualitativa em suas metas institucionais, voltando seus esforços para o fomento do aprimoramento técnico, científico e prático dos profissionais do Direito no seu contexto geográfico de atuação, com clara preocupação em induzir a conversação sinérgica entre teoria e prática no Direito.

Somando-se a várias outras iniciativas conjuntas, essas duas entidades, na ocasião do trigésimo aniversário da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, propuseram e organizaram uma Coleção de obras jurídicas voltadas a pensar a experiência jurídica brasileira nesses 30 anos da Constituição.

A Coleção Experiência Jurídica nos 30 anos da Constituição Brasileira (ESA/OAB-GO e PPGDP-UFG) busca fomentar o debate jurídico entre aqueles que vivenciam nossa experiência constitucional e social, tanto de um ponto de vista teórico, quanto prático, e em diferentes campos do Direito. A constitucionalização do debate jurídico nacional não encontra fronteiras em nenhum ramo jurídico específico, ainda que os campos do direito privado mantenham – e nisso não há nenhum problema, ao contrário – suas categorias e estatutos jurídico-conceituais próprios. Assim sendo, nas dez obras (dez coletâneas de textos inéditos) propostas pela Coleção, diferentes questões-chave da experiência jurídica brasileira contemporânea são enfocadas, em diferentes áreas do Direito, todas buscando relacionar

esses debates específicos com a realidade jurídico-político-social balizada por uma ‘Constituição Cidadã’, que de forma otimista eclode na realidade brasileira em 1988, marcando nossas interações sociais e jurídicas nos últimos 30 anos.

Assim, ainda em 2017, PPGDP-UFG e ESA/OAB-GO publicaram e divulgaram amplamente as convocatórias para apresentação de textos e contribuições aos livros da Coleção. Centenas de textos foram enviados à coordenação do projeto. Uma equipe com organizadores das obras, selecionada dentre *experts* com diversificada formação e advindos de sete diferentes Universidades brasileiras, em Goiás, Minas Gerais e Distrito Federal, avaliou e selecionou cuidadosamente os textos. Nos dez livros, os textos selecionados somam mais de uma centena de contribuições inéditas, com autores de oito diferentes estados brasileiros e mais de vinte diferentes Universidades.

Com a colaboração e suporte da respeitada e engajada Editora Empório do Direito, demos forma final aos livros da Coleção, que vem a lume em um momento de crise política, social, econômica e, em certo sentido, crise constitucional.

Sabe-se bem que a crise é uma excelente oportunidade para o aprimoramento e a inovação. O estado de desconforto que a crise provoca nos faz sair do nosso ‘modo automático’ e refletir sobre o caminho trilhado e as alternativas de rota. Que os livros desta Coleção possam servir a esse propósito!

Com agradecimentos aos organizadores, avaliadores, editores e autores,

**Saulo Pinto Coelho (PPGDP-UFG)**  
**e Rafael Lara Martins (ESA/OAB-GO)**

Coordenadores da Coleção

## APRESENTAÇÃO DO LIVRO

O presente volume intitulado “Direito e Livre Iniciativa nos 30 anos da Constituição Cidadã”, tem como objetivo principal analisar a livre iniciativa e seus desdobramentos relacionando-os com outros elementos de relevância jurídica e transcendência econômica e social, como a proteção ao meio ambiente, as medidas anticorrupção, o desenvolvimento sustentável e o interesse público. A Obra tem como fio condutor um interessante diálogo interdisciplinar, permitindo ao leitor uma visão ampla das várias perspectivas da Livre Iniciativa em um ambiente constitucional preocupado em promover a liberdade a partir de valores que consigam distribuir o bem-estar social.

O capítulo inaugural, de autoria de Edith Costa Antunes Machado Giolo e Luciana Lara Sena Lima, intitulado *A Incidência Do Princípio Do Preservador-Recebedor Nas Sociedades Empresárias*, tem como propósito discorrer acerca do princípio do preservador-recebedor nas sociedades limitadas, realizando-se uma abordagem da proteção da tutela ambiental brasileira.

O capítulo subsequente, de autoria de Fernando De Paula Gomes Ferreira e sob o título *As Boas Práticas Anticorrupção E A Livre Iniciativa*, realiza a análise dos efeitos do princípio anticorrupção nas relações privadas. Tais efeitos, segundo o autor, tem por condão servir de mola propulsora de uma série de boas práticas comerciais.

O terceiro capítulo, de autoria de Bruna Araújo Guimarães e Nivaldo dos Santos e com o título *Desenvolvimento Econômico Sustentável – Adjeção De Práticas Socioambientais Ao Setor Empresarial*, realiza uma análise histórica do sistema econômico, sendo em seguida apresentado um interessante estudo dos princípios constitucionais de

direito econômico e da relação entre o desenvolvimento empresarial e o meio ambiente.

O quarto capítulo, intitulado *Quando uma lei pode intervir sobre a livre iniciativa: o caso do sistema de transporte privado de passageiros no município de Passo Fundo/RS, a análise crítica sobre pontos polêmicos e comparação com os municípios de Porto Alegre/RS, Vitória/ES e São Paulo/SP* de autoria de Cesar Augusto Cavazzola Junior, analisa os novos modais de transporte e a mobilidade urbana, assegurando a livre concorrência e transparência do serviço, de forma a garantir segurança e confiabilidade, utilizando-se de interessante estudo de caso comparativo entre as realidades e legislações das cidades de Passo Fundo, Porto Alegre, São Paulo e Vitória.

O capítulo seguinte, com o título *Uber e Regulamentação: Análise da Lei Nº 13.640/18 à luz da Teoria das Escolhas Públicas*, de Sandro Lucena Rosa, analisa os detalhes da regulamentação do sistema Uber (transporte remunerado privado individual de passageiros), advinda com a Lei nº 13.460/2018 à luz da Teoria das Escolhas Públicas, considerando em sua argumentação os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.

O sexto capítulo *TUTELA DO CONSUMIDOR DE CRÉDITO NOS TRINTA ANOS PÓS-1988*, da lavra de Frederico Oliveira Silva, se propõe a refletir retrospectivamente sobre a singularidade da ordem jurídica brasileira da regulação do consumo, especialmente no que diz respeito ao crédito, efetivada, sobretudo, em razão do sentido da Constituição Federal.

No sétimo capítulo Andrei Rossi Mango, no artigo *O Fomento como Intervenção do Estado na Economia na busca pelo Desenvolvimento Nacional*, trata sobre os diferentes aspectos da atividade administrativa de fomento, caracterizado como uma espécie de intervenção do Estado na economia, que como todas as outras espécies de intervenção estatal, busca promover o desenvolvimento nacional.

No oitavo e último capítulo os autores Gabriel Oliveira de

Aguiar Borges e Michel Evangelista Luz, no artigo *A Expropriação de Investimento Estrangeiro por Interesse Público no Novo Direito Administrativo*, tratam da regulação da economia pelo Poder Público, mais especificamente da regulação dos investimentos estrangeiros a partir do Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

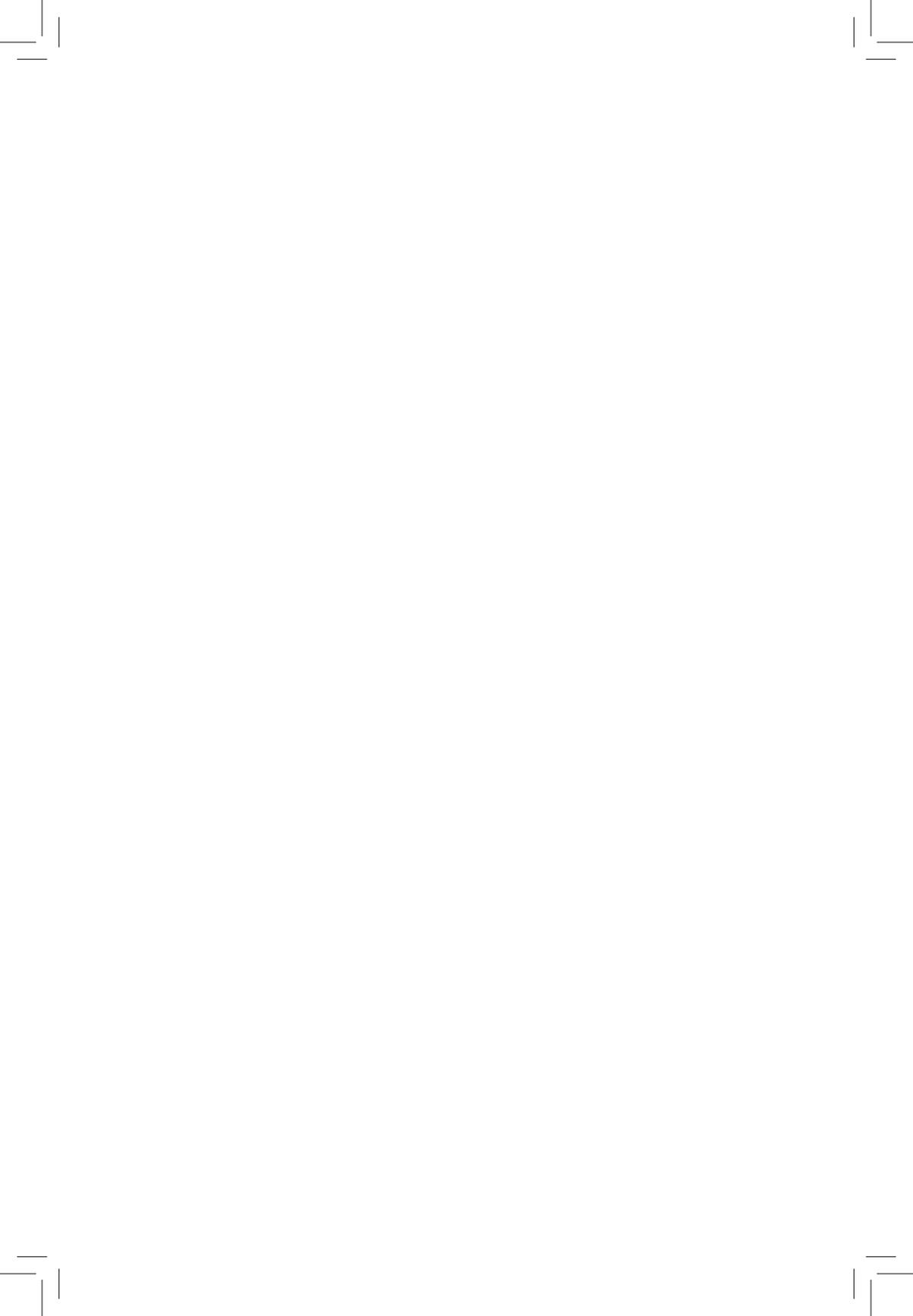
Como indicado no início dessa apresentação, os capítulos possuem como ponto em comum a análise constitucional da livre iniciativa a partir de pesquisas que permitem um interessante diálogo entre interesses classificados como público e privado.

**Luciana Lara Sena Lima**

**Thiago Paluma**

**Rafael Lara Martins**

Organizadores do livro



## APRESENTAÇÃO DOS AUTORES

### COORDENADORES

#### **Saulo de Oliveira Pinto Coelho**

Possui doutorado, mestrado e graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Realizou Pós-Doutorado como bolsista CAPES, na área de Teoria do Direito, junto à Universitat de Barcelona – Espanha. É professor efetivo da Universidade Federal de Goiás (UFG), onde atualmente é Vice-Diretor da Faculdade de Direito (FD-UFG), bem como Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas (PPGDP-UFG). Foi Chefe do Departamento de Formação Jurídica Básica e Complementar da FD-UFG, bem como Coordenador de Pesquisa da FD-UFG. Também é professor do Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos da UFG. Atua como pesquisador e professor visitante da Universitat de Barcelona. Tem experiência nas áreas de Teoria do Direito e de Direito Público, com ênfase em Hermenêutica Jurídica; Teoria dos Direitos Humanos e Fundamentais; Teoria do Direito Público; e Regulação e Controle de Políticas Públicas; Regulação do Desenvolvimento. É autor de diversos artigos, livros e capítulos de livros.

#### **Rafael Lara Martins**

Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG), especialista em Direito do Trabalho pela PUC-GO, especialista em Direito Civil pela UFG e especialista em Direito Processual Civil pela UFG. Mestrado em andamento em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas (UDF). Conselheiro Estadual da OAB-GO (triênio 2013-2015 e triênio 2016-2018) e Diretor-Geral

da Escola da Advocacia da OAB-GO (triênio 2016-2018). Ex-Presidente do Instituto Goiano de Direito do Trabalho -IGT (biênio 2012-2013 e biênio 2014-2015). Palestrante e Professor de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho em cursos e pós-graduações.

## **ORGANIZADORES**

### **Luciana Lara Sena Lima**

Advogada (OAB/GO 36.288) e Professora Universitária. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (2012). Intercâmbio Acadêmico realizado na Universidad de Sevilla – Espanha (2010). Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes (2014); especialista em Direito Processual Civil pela Uniderp – Anhanguera LFG (2014); e especialista em Formação em Ensino à Distância pela Universidade Paulista (2017) Mestra em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (2015). Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa (2018). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público e Direito Ambiental.

### **Thiago Paluma**

Doutor em Direito Internacional pela Universidad de Valencia. Professor da Faculdade de Direito (Graduação e Pós-Graduação) da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Diretor de Inovação e Transferência de Tecnologia da UFU. Coordenador de Grupos de Pesquisa da Academia Brasileira de Direito Internacional (ABDI). Membro da Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP).

### **Rafael Lara Martins**

Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG), especialista em Direito do Trabalho pela PUC-GO, especialista em Direito Civil pela UFG e especialista em Direito

Processual Civil pela UFG. Mestrado em andamento em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas (UDF). Conselheiro Estadual da OAB-GO (triênio 2013-2015 e triênio 2016-2018) e Diretor-Geral da Escola da Advocacia da OAB-GO (triênio 2016-2018). Ex-Presidente do Instituto Goiano de Direito do Trabalho -IGT (biênio 2012-2013 e biênio 2014-2015).

## **AUTORES**

### **Andrei Rossi Mango**

Mestrando em Direito e Desenvolvimento pela Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Especialista em Direito Público pelo Damásio Educacional (DeVry Brasil). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (FADIR/UFU).

### **Bruna Araújo Guimarães**

Mestre em Direito Agrário da Universidade Federal de Goiás (Bolsista FAPEG). Pós-graduada em Direito e Consultoria Empresarial e graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO). Contato: [adv.brunaguimaraes@gmail.com](mailto:adv.brunaguimaraes@gmail.com).

### **Cesar Augusto Cavazzola Junior**

Advogado (OAB/RS 83.859). Graduado em Direito pela PUCRS (2009), MBA em Business Law pela FGV (2011) e Pós-MBA em Negociação (FGV). Mestre em Direito pela Unisinos (2015). Professor universitário. Membro da Comissão de Seleção e Inscrição da OAB/RS. Colunista e Editor da Mídia Lócus. Autor dos livros “Manual de Direito Desportivo” (EDIPRO, 2014), “Bacamarte” (Giostri, 2016) e coautor da obra “Ensino Jurídico no Brasil” (OABRS, 2017). Contato: [cesar.cavazzola@gmail.com](mailto:cesar.cavazzola@gmail.com). Porto Alegre (RS), Brasil.

### **Edith Costa Antunes Machado Giolo**

Possui graduação em Direito pela Universidade Paulista-UNIP (2009). Pós-graduada em Direito Tributário pelo Instituto

Brasileiro de Estudos Tributários-IBET (2010). Mestra em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC Goiás (2015). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Civil, Direito Tributário e Direito do Consumidor. É advogada, atuando principalmente nas áreas cível, processual civil e consumidor. Professora Universitária da Universidade Paulista, campus Flamboyant-Goiânia, ministrando as matérias de Direito Internacional, Direito Empresarial e Direito Civil. Membro da comissão do Advogado Professor da Ordem dos Advogados do Brasil, sessão Goiás. Integrante do Tribunal de Justiça Desportiva da Federação Goiana de Futebol como auditora do Tribunal Pleno. Email: edithgiolo@hotmail.com.

#### **Fernando De Paula Gomes Ferreira**

Advogado e professor, especialista em Direito Civil e Processual Civil pela PUC-GO; especialista em Direito Público pela PUC-GO; mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC-GO; Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa-Portugal.

#### **Gabriel Oliveira de Aguiar Borges**

Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia – UFU (Área de concentração: Direitos e Garantias Fundamentais. Linha de pesquisa: Sociedade, Sustentabilidade e Direitos Fundamentais). Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES. Graduado em Direito também pela Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia – UFU. Advogado. E-mail: gabrieloab@outlook.com.

#### **Luciana Lara Sena Lima**

Advogada (OAB/GO 36.288) e Professora Universitária. Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa (2018). Mestra em Direito, Relações Internacionais e

Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (2015). Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes (2014), especialista em Direito Processual Civil pela Uniderp – Anhanguera LFG (2014) e especialista em Formação em Ensino à Distância pela Universidade Paulista (2018). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (2012). Intercâmbio Acadêmico realizado na Universidad de Sevilla (2010). Diretora-adjunta na Escola Superior da Advocacia de Goiás (2016/2018). Email: lucianalarasl@gmail.com.

### **Michel Evangelista Luz**

Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia – UFU (Área de concentração: Direitos e Garantias Fundamentais. Linha de pesquisa: Sociedade, Sustentabilidade e Direitos Fundamentais). Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES. Graduado em Direito pela Faculdade Pitágoras de Uberlândia. Advogado. E-mail: michelluzadv@hotmail.com.

### **Nivaldo dos Santos**

Doutor em Direito PUC-SP. Professor UFG e PUC-GO. Coordenador da Rede Estadual de Pesquisa em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia de Goiás. Apoio CAPES, CNPQ e FAPEG. Contato: nivaldodossantos@bol.com.br .

### **Sandro Lucena Rosa**

Advogado, pós-graduado em Direito Previdenciário (Damasio Educacional), Vice-presidente do Instituto de Estudos Avançados em Direito (IEAD), associado ao Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP), membro da Comissão de Direito Previdenciário da OAB/GO.



## PREFÁCIO

# PERCURSOS INTERDISCIPLINARES DA LIVRE INICIATIVA NO CENÁRIO DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL

A finalização de um livro é um momento muito especial. Quando o livro envolve contribuições de vários autores, que somam esforços para desenvolver uma obra coletiva, orientados por uma temática comum, a especialidade do momento é ainda maior. Não é uma tarefa fácil. No entanto, desafiadora e um convite para abordagens interdisciplinares, como é o caso deste livro, que tenho a honra de apresentar.

Este livro evidencia um bom nível de maturidade da pesquisa jurídica brasileira e a dedicação e refinamento investigativo dos autores, que colaboraram com qualidade na composição do livro que leva o instigante título: “**Direito e Livre Iniciativa nos 30 anos da Constituição**: experiências profissionais e desafios no âmbito do Direito Empresarial e Corporativo no contexto Global”. Comemorar 30 anos da Carta Constitucional é um marco temporal histórico fundamental para uma sociedade. Trata-se de momento peculiar que reafirma a nossa caminhada na efetivação do Estado Democrático de Direito no Brasil.

No caso deste livro, a comemoração se orienta a partir da perspectiva estruturante para a composição do Estado brasileiro que é a participação das organizações empresariais. Ao mesmo tempo, estudar as interfaces entre o Direito e a livre iniciativa se evidencia, a partir das pesquisas dos autores, como um caminho a ser observado e incentivado para que o planejamento da sociedade brasileira, idealizado pelo Legislador Constituinte, possa ser implementado.

Os diversos temas dos capítulos sinalizam a importância do Direito e seus pesquisadores perceberem os avanços tecnológicos, os

quais se inserem na chamada *Quarta Revolução Industrial*, nos termos apresentados por Klaus Schwab, onde as novas tecnologias desafiam as estruturas jurídicas tradicionais. (2018) As contribuições das organizações empresariais são centrais para a estrutura da inovação, onde justamente as parcerias entre o governo e a iniciativa privada são chaves.

Ao mesmo tempo, se observa que o “uso combinado da inteligência artificial, realidade mista, internet das coisas e outras tecnologias está promovendo uma mudança nos negócios do mundo todo”. (EXAME, 2018) Assim, o Direito e seus pesquisadores deverão ingressar imediatamente na *Era das novas habilidades*, vale dizer: as tecnologias disruptivas exigem de trabalhadores do mundo todo competências inusitadas. E o imperativo parece ser: “mudar ou se tornar obsoleto”. A estruturação do conhecimento jurídico deverá levar em consideração os efeitos cruzados dos conhecimentos, habilidades e atitudes, movidos por percursos interdisciplinares. Esta é a proposta deste livro.

Por isso, recomendo a sua leitura.

**Prof. Dr. Wilson Engelmann,**

Coordenador Executivo, Professor e Pesquisador do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios; Professor e Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – ambos da UNISINOS; Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq.  
e-mail: wengelmann@unisinos.br

## REFERÊNCIAS

COMO CONSTRUIR O BRASIL 4.0. *Exame*, Edição Especial. Edição 1162, n. 10, ano 52, de 30 de maio de 2018.

SCHWAB, Klaus. *Aplicando a Quarta Revolução Industrial*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2018.

# A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO PRESERVADOR-RECEBEDOR NAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS

Edith Costa Antunes Machado Giolo<sup>1</sup>

Luciana Lara Sena Lima<sup>2</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal brasileira no artigo 3º, inciso II, determina como um dos objetivos fundamentais da República o desenvolvimento nacional. Consta no artigo 170, VI, da Carta Magna, a consagração expressa da defesa do meio ambiente, como princípio de regência da atividade econômica, a requerer tratamento diferenciado, conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços.

O *caput* do artigo 225 da Constituição Federal estabelece que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem

---

1 Possui graduação em Direito pela Universidade Paulista-UNIP (2009). Pós-graduada em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários-IBET (2010). Mestra em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC Goiás (2015). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Civil, Direito Tributário e Direito do Consumidor. É advogada, atuando principalmente nas áreas cível, processual civil e consumidor. Professora Universitária da Universidade Paulista, campus Flamboyant-Goiânia, ministrando as matérias de Direito Internacional, Direito Empresarial e Direito Civil. Membro da comissão do Advogado Professor da Ordem dos Advogados do Brasil, sessão Goiás. Integrante do Tribunal de Justiça Desportiva da Federação Goiana de Futebol como auditora do Tribunal Pleno. Email: edithgiolo@hotmail.com (62) 98161-6949

2 Advogada (OAB/GO 36.288) e Professora Universitária. Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa (2018). Mestra em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (2015). Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes (2014), especialista em Direito Processual Civil pela Uniderp – Anhanguera LFG (2014) e especialista em Formação em Ensino à Distância pela Universidade Paulista (2018). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (2012). Intercâmbio Acadêmico realizado na Universidad de Sevilla (2010). Diretora-adjunta na Escola Superior da Advocacia de Goiás (2016/2018). Email: lucianalarasl@gmail.com (62) 99138-3109.

de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

A Carta Magna de 1988, como nenhuma constituição anterior havia feito, elevou a questão da proteção do meio ambiente à esfera constitucional, matéria que já era objeto de grande preocupação da comunidade internacional, notadamente a partir da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo em 1972.

O Relatório Brundtland, da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1987, no documento Nosso futuro comum, conceituou desenvolvimento sustentável como aquele que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir as suas necessidades, o que constitui um dever do Poder Público na defesa ambiental.

## **2. A PROTEÇÃO AMBIENTAL NO CONTEXTO BRASILEIRO**

Tendo como influência as discussões no cenário internacional, especialmente a Conferência de Estocolmo de 1972, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é considerada um marco histórico na proteção constitucional ambiental no Brasil, pois dedicou um capítulo específico, qual seja, o Capítulo VI – Do Meio Ambiente, inserido no Título VIII – Da Ordem Social, para sua proteção, diversamente dos textos constitucionais anteriores, que não se ocuparam da tutela específica relacionada às questões ambientais.

Nesse sentido, em uma breve análise da evolução da tutela constitucional ambiental nos textos das diversas Constituições, nota-se que a Constituição Imperial de 1824 não fez qualquer referência à matéria ambiental, sendo que, a única menção era à proibição de indústrias contrárias à saúde do cidadão.

A Constituição Republicana de 1891, por sua vez, atribuiu

competência à União para legislar sobre suas minas e terras. A Constituição de 1934 tratou da proteção às belezas naturais, ao patrimônio histórico, artístico e cultural, conferindo, ainda, à União competência em matéria de riquezas do subsolo, mineração, águas, florestas, caça, pesca e sua exploração. Além disso, a partir da Constituição de 1934, os textos começaram a prever a função social da propriedade. Com relação à Constituição de 1934, Antunes (2010, p. 61) aponta que:

Em 1934, como fruto da revolução de 30 e da revolução Constitucionalista de 1932 – ocorrida em São Paulo – foi elaborada uma nova CF, que dentro do espírito da época, tinha características intervencionistas na ordem econômica e social. A CF de 1934, em seu artigo 5º, inciso XIX, já atribuía à União competência legislativa sobre “bens de domínio federal, riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, água, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca e sua exploração”. As competências legislativas federais foram muito ampliadas e, principalmente, deve ser anotado que elas cresceram nas áreas que modernamente são classificadas como infraestrutura, isto é, atividades necessárias para o desenvolvimento econômico. De certa forma, a CF 34 estimulou o desenvolvimento de uma legislação infraconstitucional que se preocupou com a proteção do ambiente, dentro de uma abordagem de conservação de recursos econômicos.

Tanto a Constituição de 1937 quanto a de 1946 mantiveram a preocupação com a proteção dos monumentos históricos, artísticos, naturais e paisagísticos, cuidando, ainda, da competência legislativa da União a respeito de certos temas, tais como: riquezas do subsolo, águas, florestas, caça e pesca.

O próprio regime democrático de 1946 não alterou substancialmente as competências legislativas da União em temas referentes à infraestrutura e, conseqüentemente, ambientais. Os textos anteriores foram praticamente, repetidos (ANTUNES, 2010, p. 61).

Já o texto constitucional de 1967 manteve as disposições dos anteriores, incluindo dentre as competências da União legislar sobre normas gerais de defesa da saúde, sobre jazidas, florestas, caça, pesca e águas. No que se refere a constitucional de 1967, Antunes (2010,

p. 62) pondera:

Nos termos da Carta de 1967, competia à União explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão, os serviços e as instalações de energia elétrica de qualquer origem ou natureza, mantendo a característica de que a infraestrutura era uma matéria federal. Aqui, como é fácil perceber, tratava-se de uma competência administrativa que, necessariamente, trazia consigo a necessária competência legislativa.

A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, manteve os termos daquilo que foi apontado. Houve, entretanto, uma pequena mudança no que diz respeito às competências legislativas em relação à energia, que foi subdividida em: elétrica, térmica, nuclear ou de qualquer natureza. Um balanço geral das competências constitucionais em matéria ambiental demonstra que o tema, até a Constituição de 1988, mereceu tratamento apenas tangencial e que a principal preocupação do constituinte sempre foi com a infraestrutura para o desenvolvimento econômico. O aspecto que foi privilegiado, desde que o tema passou a integrar a ordem jurídica constitucional, foi o de meio de produção (ANTUNES, 2010, p. 62).

Mascarenhas (2008, p. 55) resume esse período histórico da seguinte forma:

De fato, as constituições brasileiras até a década de 1960 não levaram em conta a proteção do meio ambiente e, historicamente, as disposições nelas constantes tinham por objetivo tutelar o crescimento econômico, sem cogitar o efetivo desenvolvimento do Brasil. Esse tratamento dado pelas constituições anteriores contribuiu para a ocorrência da crise ambiental já abordada, que levou, posteriormente à mudança de paradigmas e busca da tutela constitucional ao meio ambiente.

Da abordagem histórica inicial, verifica-se que, desde a Constituição Federal de 1934, todas mantiveram a proteção do patrimônio histórico, cultural e paisagístico do país, mas o legislador constituinte não se preocupou em proteger o meio ambiente de forma específica e global. Milaré (2013, p. 167) argumenta que:

As Constituições que precederam a de 1988 jamais se preocuparam com a proteção do ambiente de forma específica e global. Nelas, nem mesmo uma vez foi empregada a expressão meio ambiente, dando a revelar total inadvertência ou, até, despreocupação com o próprio espaço em que vivemos.

No entanto, notadamente após a realização da Conferência de Estocolmo de 1972, desencadeou-se um movimento mundial de positivação constitucional das normas protetivas do meio ambiente, a temática ambiental foi incluída no texto das Constituições elaboradas após esta data.

Desse modo, sob influência direta das Constituições portuguesa (1976) e espanhola (1978), pela primeira vez no Direito Constitucional brasileiro (1988) dedicou um capítulo inteiro ao meio ambiente, dividindo entre Governo e sociedade a responsabilidade pela sua preservação e sua conservação. Portanto, é certo que a Constituição de 1988 foi um marco decisivo para a formulação de nossa política ambiental (OLIVEIRA, 2012, p. 37).

A partir da década de 1980, constata-se que houve um salto qualitativo na proteção jurídica dispensada ao meio ambiente, quando se passou a associar a preservação ambiental à qualidade de vida. Nesse sentido, Milaré (2013, p. 240) salienta que:

Essa situação desvirtuada, que durou quase cinco séculos, começou a mudar radicalmente, como dissemos, no início da década de 1980, sob o influxo da onda conscientizadora emanada pela da Conferência de Estocolmo, de 1972. Como que para compensar o tempo perdido, ou talvez por ter a Ecologia se tornado o tema do momento, passaram a proliferar, em todos os níveis do Poder Público e da hierarquia normativa, diplomas legais mais ambiciosos, voltados para a proteção do patrimônio ambiental no país, segundo uma visão total e sistêmica.

Milaré (2013, p. 240) aponta, ainda, quatro marcos mais importantes dessa postura recente do ordenamento jurídico pátrio na busca de respostas ao clamor social pela imperiosa tutela do ambiente.

O primeiro marco, segundo Milaré (2013, p. 240), é a edição

da Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, conhecida como Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, que entre outros méritos, teve o de trazer para o mundo do Direito o conceito de meio ambiente como objetivo específico de proteção em seus múltiplos aspectos; o de instituir o Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA), apto a propiciar o planejamento de uma ação integrada de diversos órgãos ambientais e da sociedade civil através de uma política nacional para o setor; e o de estabelecer, no art. 14, § 1º, a obrigação do poluidor de reparar os danos causados, de acordo com o princípio da responsabilidade objetiva (ou sem consideração da culpa) em ação movida pelo Ministério Público.

O segundo marco coincide com a edição da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplinou a ação civil pública como instrumento processual específico para a defesa do ambiente e de outros interesses difusos e coletivos e possibilitou que a agressão ambiental finalmente viesse a tornar-se caso de justiça. Mediante essa lei, entidades estatais e paraestatais e, sobretudo, as associações civil ganharam força para provocar a atividade jurisdicional e, de mãos dadas com o Ministério Público, puderam em parte frear as inconsequentes agressões ao ambiente. Aqui, para bem dar a dimensão real e a importância efetiva do afrouxamento das regras de legitimação para agir, basta lembrar que países mais desenvolvidos da União Europeia e tão próximos da nossa tradição jurídica, como Alemanha, França, Bélgica, Portugal e Espanha – para citar alguns -, ainda buscam, sem resultados concretos mais evidentes, um sistema de acesso coletivo à Justiça (MILARÉ, 2013, p. 240).

O terceiro marco pontifica em 1988, com a promulgação da atual Constituição Federal, na qual o progresso fez-se notável, na medida em que a Carta Magna deu ao meio ambiente uma disciplina rica, dedicando à matéria um capítulo próprio em um dos textos mais avançados em todo o mundo. E na esteira da Constituição Federal vieram as Constituições Estaduais, que incorporaram também o tema ambiental, ampliando, aqui e ali, o já amplo tratamento conferido

pela Lei Maior, seguidas depois pelas Leis Orgânicas dos Municípios (verdadeiras Constituições locais), e de grande messe de diplomas, marcados todos por intensa preocupação ecológica (MILARÉ, 2013, p. 241).

Por fim, acerca do quarto marco, Milaré (2013, p. 241) discorre que é representado pela edição da Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Dita lei, conhecida como “Lei dos Crimes Ambientais”, representa significativo avanço na tutela do ambiente, por inaugurar uma sistematização das sanções administrativas e por tipificar organicamente os crimes ecológicos.

Tendo como base esses quatro marcos jurídicos, pode-se concluir que houve uma preocupação do legislador brasileiro em proteger o meio ambiente brasileiro, tentando, assim, atender aos atos normativos internacionais que passaram a vigorar a partir da Conferência de Estocolmo, em 1972.

Na retomada da análise da Lei Fundamental de 1988, convém destacar que além de ser dotada de um capítulo próprio para as questões ambientais, a Constituição Federal, ao longo de diversos outros artigos, trata sobre as obrigações da sociedade e do Estado brasileiro com o meio ambiente.

A Constituição de 1988 não desconsiderou o Meio Ambiente como elemento indispensável e que servira de base para o desenvolvimento da atividade de infraestrutura econômica. Antunes (2010, p. 63) aponta que:

Houve um aprofundamento das relações entre o Meio Ambiente e a infraestrutura, pois, nos termos da Constituição de 1988, é reconhecido pelo constituinte originário que se faz necessária a proteção ambiental de forma que se possa assegurar uma adequada fruição dos recursos ambientais e um nível elevado de qualidade de vida às populações. A Constituição não desconsiderou, nem poderia fazê-lo, que toda a atividade econômica se faz mediante a utilização de recursos ambientais. O legislador constituinte buscou estabelecer um

mecanismo mediante o qual as naturais tensões entre os diferentes usuários dos recursos ambientais possam ser amenizadas dentro de uma perspectiva de utilização racional.

A Constituição Federal de 1988, no Capítulo VI, do Título VIII, traz a regra matriz ambiental com o artigo 225, que é considerado um dos mais avançados dispositivos em matéria de proteção ambiental, cuja regra básica determina: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

O capítulo do Meio Ambiente (artigo 225) da Constituição federal é o centro nevrálgico do sistema constitucional de proteção do meio ambiente como um elemento de inserção entre a ordem econômica e os direitos individuais (ANTUNES, 2010, p. 64).

Como se vê, o texto constitucional consagrou o princípio do desenvolvimento sustentável ao garantir o direito e dever do meio ambiente ecologicamente equilibrado a toda a coletividade, além de possuir caráter intergeracional, pois não visa resguardar apenas os interesses da geração atual, mas também das futuras gerações (MASCARENHAS, 2008, p. 57).

O texto constitucional tutela o meio ambiente administrativa, civil e penalmente, conforme artigo 225 e seus parágrafos. No entanto, além do artigo 225, encontram-se na Constituição Federal vários outros dispositivos constitucionais, dentro os mais variados temas, que de forma direta ou indireta cuidam da proteção ambiental.

Segundo Antunes (2010, p. 64), a Constituição possui vinte e dois artigos que, de uma forma ou de outra, relacionam-se com o Meio Ambiente, além de parágrafos e incisos diversos. Sistematizá-los e harmonizá-lo é uma tarefa que ainda está por ser feita.

A constitucionalização das questões referentes ao meio ambiente, ou seja, a elevação das normas de proteção ambiental ao status

constitucional pode ser considerada uma tendência na normatização das demais constituições de outras nações, dado o crescente número de países que incluíram em suas respectivas Cartas normas de tal natureza – como as já citadas Constituições portuguesa (1976) e espanhola (1978).

Para Beltrão (2009, p. 64), nesse contexto, a Constituição Federal do Brasil de 1988 é reconhecida internacionalmente como merecedora de elogios quanto à preocupação ambiental que ostenta. De fato, a Carta de 1988 apresenta uma série de preceitos quanto à tutela ambiental, seja de forma fragmentada em diversos capítulos, seja em um capítulo específico do ambiente.

Por fim, conforme analisado, a proteção do meio ambiente, nas linhas do artigo 225 da Constituição Federal, proclama um dever comum do Estado e da sociedade civil, que, ao buscar os meios adequados, devem defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

## **2.1. PRINCÍPIOS AMBIENTAIS E O PRINCÍPIO DO PRESERVADOR-RECEBEDOR**

Para o Relatório Brundtland de 1987, que foi elaborado pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, o desenvolvimento sustentável é definido: “como aquele que atende as necessidades das gerações presentes sem comprometer a capacidade das gerações futuras na satisfação de suas próprias necessidades”.

No Brasil, o desenvolvimento sustentável já estava presente antes da Constituição Federal de 1988 e da Conferência do Rio de 92. Em 1981, a Lei 6.938, que institui a Política Nacional do Meio Ambiente, já prescrevia como um de seus objetivos (artigo 4º, inciso I) a compatibilização do desenvolvimento econômico e social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico.

O princípio do desenvolvimento sustentável tem previsão constitucional (artigo 225), devendo a ordem econômica observar,

conforme os ditames da justiça social, os princípios da função social da propriedade e a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

O princípio da prevenção apoia-se na certeza científica do impacto ambiental. Assim, deve-se adotar todas as medidas com o intuito de eliminar os impactos conhecidos sobre o ambiente. Convém observar que o Princípio da Prevenção parte da premissa de que os danos ao ambiente são, em regra, de difícil ou impossível reparação. Uma vez consumada uma degradação ao meio ambiente, a sua reparação é onerosa e demorada, sendo muito difícil recuperarmos as condições originais do meio ambiente que sofreu degradação.

Já o princípio da precaução é uma garantia contra os riscos potenciais, incertos, que de acordo com o estágio atual do conhecimento não podem ser ainda identificados. Este princípio apoia-se quando não há certeza científica, sendo assim, quando a informação científica é insuficiente, incerta ou inconclusiva. No âmbito das Convenções Internacionais, o princípio da precaução encontra-se disposto, entre outros, no artigo 15 da Declaração do Rio de Janeiro, elaborada pela Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro em 1992.

O princípio do poluidor-pagador determina que o poluidor suporte as despesas de prevenção, reparação e repressão dos danos ambientais por ele causados. Além do mais, visa internalizar os custos socioambientais do processo de produção, ou seja, os custos resultantes da poluição devem ser internalizados nos custos de produção e assumidos pelos empreendedores de atividades potencialmente poluidoras. Possui previsão no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 3º, inciso IV, e artigo 4º, inciso VII, da Política Nacional do Meio Ambiente (6.938/1981).

Já o princípio do usuário-pagador, estabelece que o usuário de recursos naturais deve pagar por sua utilização. A aplicação desse

princípio busca racionalizar o uso, além de evitar o desperdício. Possui previsão no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 4º, inciso VII, 2º parte da Política Nacional do Meio Ambiente (6.938/1981); que determina: “à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos”.

O princípio da educação ambiental, um dos princípios da Política Nacional do Meio Ambiente, deve ser desenvolvida como uma prática educativa integrada, contínua e permanente. É considerada como um conjunto de processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente. Encontra previsão constitucional no artigo 225, parágrafo 1º, VI, que determina que: “incumbe ao Poder Público promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente”.

Por fim, convém ser analisado o Princípio do Preservador-Recebedor dispõe que, segundo Altmann (2013),: “aqueles que efetivamente contribuem para a preservação e conservação da natureza (e dos serviços ecossistêmicos, consequentemente) sejam retribuídos, compensados de forma justa e equânime”.

De acordo com Rech (2012), o princípio do preservador-recebedor:

Tanto o Princípio do Poluidor-Pagador, quanto o Princípio do Usuário-Pagador buscam dar um valor econômico ao meio ambiente, punindo pecuniariamente quem polui e cobrando pelo uso dos meios naturais. Mas quem preserva nada recebe pelo serviço que presta. Recentemente, surgiu o princípio do protetor-recebedor, que busca valorizar os serviços prestados à sociedade por aqueles que zelam, cuidam e protegem o meio ambiente. O princípio do protetor-recebedor busca o Pagamento por Serviços Ambientais, como uma forma mais eficaz de multiplicar agentes motivados a preservar a natureza, para que ela continue prestando serviços indispensáveis à preservação da biodiversidade e da própria dignidade humana.

A lógica que orienta o Princípio do Preservador-Recebedor recebe ainda mais atenção quando se considera que muitos provedores de serviços ecossistêmicos experimentam perdas econômicas em razão dos custos de oportunidade e manutenção. Isto significa dizer que, frequentemente, quem opta por preservar deixa de obter ganhos econômicos com o uso da terra para a lavoura ou pastagens, por exemplo. No sistema de PSA, o Princípio do Preservador-Recebedor busca equacionar esse desequilíbrio cobrindo, no todo ou em parte, as perdas econômicas experimentadas pelos provedores de serviços ecossistêmicos. (ALTMANN, 2013).

### 3. SOCIEDADES EMPRESÁRIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O empreendedorismo é algo entranhado no ideal de sucesso do ser humano visando melhorar suas finanças, ter sua própria renda para sustentar-se. Nos tempos modernos a maior vontade do cidadão é ter uma atividade econômica lucrativa, em geral desenvolvida de apenas pelas pessoas físicas de forma isolada, entretanto nem sempre é possível exercer e empreender sozinho, sendo comum a união em sociedades.

A atividade empreendedora pode ser exercida pelo empresário individual, exercida por apenas um indivíduo que inicia uma empreitada sozinho, sem a presença da figura do sócio, ou aquela exercida em sociedade, com a união de duas ou mais pessoas. Neste sentido entende Waldo Fazzio Júnior:

Sob a epígrafe *empresário* estão compreendidos tanto aquele que, de forma singular, pratica profissionalmente atividade negocial, como a pessoa de direito constituída para o mesmo fim. Ambos praticam atividade econômica organizada para a produção, transformação ou circulação de bens e prestação de serviços. Ambos têm por objetivo o lucro. (FAZZIO JÚNIOR, 2015, p. 19)

A dificuldade, na atual crise do país, é o risco que o empreendedor não pode correr sozinho e o investimento que não é possível ser

retirado do orçamento familiar de uma só vez. Então, ou começa-se com a atividade informal, vendas pela internet e combinada com alguma outra atividade de renda, ou busca um amigo, parente ou interessado, visando a parceria social.

Para se ter uma sociedade é mister a presença de duas ou mais pessoas, com reunião de capital e trabalho para o exercício de uma atividade econômica com objetivos comuns, visando a partilha dos proventos. Amador Paes de Almeida leciona sobre a sociedade empresárias:

Distinguem-se sociedades comerciais das sociedades civis exclusivamente pela prática de atividade empresarial mercantil por parte das primeiras, inteiramente inexistentes nas segundas. Por atividade empresarial mercantil se há de entender, malgrado a dificuldade de conceituação, os negócios jurídicos referentes diretamente ao exercício normal do comércio ou da indústria, consistentes na operação típica de compra e venda, ou ainda naqueles atos que imprimem feição características ao comércio, ou na clássica definição, em atos de medição entre o produtor e o consumidor, com habitualidade e finalidade lucrativa. (ALMEIDA, 2007, p. 9)

A exploração da atividade empresarial, exercendo profissionalmente prática econômica sistematizada para a produção ou a circulação de bens e serviços, é exercício da sociedade empresária, sendo que esta diverge da sociedade simples, principalmente por seu objeto social. André Luiz Santa Cruz Ramos aponta a diferença entre sociedade empresária e sociedade simples:

Portanto, a grande diferença entre as sociedades simples e as sociedades empresárias não está no fato destas possuírem finalidade lucrativa, porque aquelas também podem ostentar essa característica. O traço distintivo entre ambas é mesmo o objeto social: a sociedade empresária tem por objeto o exercício da empresa (atividade econômica organizada de prestação ou circulação de bens e serviços); a sociedade simples tem por objeto o exercício de atividade econômica não empresarial. (RAMOS, 2013, p. 216)

Portanto a organização de algumas sociedades pode gerar confusão na definição de ser simples ou empresária, entretanto seu objeto

social será crucial para a diferenciação. Se o objeto da sociedade for a exploração do profissionalismo e organização dos fatores de produção, como a circulação de bens ou de serviços será empresária, caso contrário, simples.

O ofício de empresariar envolve direito e obrigações legais, deste modo o empresário deve respeitar obrigações contidas na norma típicas da atividade empresária que regulam a profissão, devendo registra-se na Junta Comercial do estado competente, manter a escrituração atualizada e fazer o balanço anual do ativo e passivo, bem como recolher encargos trabalhistas, previdenciários e de natureza fiscal.

Deste modo, pode o empresário escolher qual o melhor modelo de sociedade que pretende constituir, aquela que lhe atenderá de forma satisfatória em sua empreitada, atendendo as necessidades pessoais e de mercado que o empresário entender mais adequada para sua tarefa comercial.

### **3.1. SOCIEDADE COOPERATIVA**

É considerada sempre uma sociedade simples, não importando o seu objeto social, tendo em vista o disposto no artigo 982, parágrafo único, do Código Civil. Esta difere das demais sociedades por suas características próprias, como prestar serviços aos seus próprios sócios, os cooperados.

Apesar de não haver vedação legal, a sociedade cooperativa não visa lucros, mas sim aquisição de mercadorias em maior quantidade, consequentemente com valor mais baixo para revenda a preços acessíveis para seus cooperados. André Luiz Santa Cruz Ramos leciona:

Para saber se uma sociedade cooperativa é empresária, não se utiliza o critério material previsto no art. 966 do CC, mas um critério legal, estabelecido no art. 982, parágrafo único, o qual dispõe que “independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e simples a cooperativa”.(RAMOS, 2013, p. 56)

Conforme entendimento de Marlon Tomazette (2009, p. 627)

“as sociedades cooperativas nascem a partir de um ato de vontade dos cooperados que, normalmente, são pessoas que têm muitas afinidades entre si”. A formalização desta vontade poderá ser feita através de assembleia geral de constituição ou em escritura pública, com posterior registro nos órgãos competentes.

Em relação a responsabilidade segundo Mônica Gusmão (2009, p. 151) os sócios “tanto podem assumir responsabilidade limitada quanto ilimitada. Na limitada, responderão somente pelo valor de suas quotas e pelo prejuízo verificado nas operações sociais, guardada a proporção de sua participação nessas operações”. Esta possibilidade é prevista no artigo 1.095 do Código Civil.

Marlon Tomazette (2009, p. 634) ainda alerta que “se a sociedade não tiver capital social, esta última opção (ilimitada) é a única cabível para a responsabilização dos sócios cooperados”. O mesmo artigo prevê se a responsabilidade for ilimitada, o sócio (cooperado) responderá de forma solidária e irrestrita pelas obrigações sociais, independentemente da participação do negócio.

### **3.2. SOCIEDADE EM COMANDITA POR AÇÕES**

Mesmo sendo organizada com certa semelhança à sociedade anônima, a sociedade em comandita por ações é um tipo societário que está em desuso, pois os acionistas diretores respondem de forma ilimitada e em caráter subsidiário pelas obrigações sociais. Marlon Tomazette explica:

Trata-se de uma sociedade cujo capital é dividido em ações, podendo usar razão social ou denominação, sendo obrigatório na razão social o nome do administrador. Os administradores de tal companhia são necessariamente acionistas e assumem responsabilidade subsidiária, solidária e ilimitada, pelas obrigações sociais. Os mesmos são nomeados pelo estatuto, sem mandato fixo, e só poderão ser destituídos por deliberações tomada por dois terços do capital social. (TOMAZETTE, 2009, p. 584)

Havendo mais de um diretor, que deve ser acionista, a responsabilidade entre ele é solidária após esgotados os bens sociais. Como

os diretores não são eleitos pela assembleia geral, somente nomeados em ato constitutivos, este não tem mandato e por consequência a lei impõe regras rigorosas quanto a sua responsabilidade que é ilimitada.

A assembleia geral por sua vez, tem poderes bem limitados e conforme o artigo 1.092 do Código Civil não podendo, sem a anuência dos diretores nomeados mudar o objeto principal da sociedade, prorrogar o prazo de duração, aumentar ou diminuir o capital social, criar debêntures<sup>3</sup>, ou partes favorecidas.

### 3.3. SOCIEDADE EM COMANDITA SIMPLES

Segundo a doutrina de Amador Paes de Almeida (2007, p.99) “esta é a sociedade mercantil mais antiga de que se tem notícia”. Utilizada nas expedições marítimas esta sociedade, conhecida como *comenda*, conforme ensina o autor:

Utilizada sobretudo nas expedições marítimas, a *commenda* se caracterizava pela participação de um capitalista, que permanecendo em sua pátria (*sócio stans*), confia (*commensat*) a um empresário, que viaja (*tractor, portior, portator, acommendatarius*) e frequentemente era o próprio capitão do navio, o capital necessário para a expedição. (como no original) (ALMEIDA, 2007, p.99)

A sociedade em comandita simples possui dois tipos de sócios, os comanditados e os comanditários. Esta sociedade faz a conciliação da solidariedade com a responsabilidade limitada. Monica Gusmão (2009, p. 190) entende por sociedade em comandita simples “a formada por duas espécies de sócios, os comanditados, pessoas físicas, com responsabilidade ilimitada, e os comanditários, pessoas físicas ou jurídicas, obrigados somente pelo valor de suas quotas, e com responsabilidade limitada”.

A administração da sociedade cabe aos sócios comanditados, não possibilitando aos sócios comanditários qualquer ato de gestão.

3 Debênture é um título de dívida, de médio e longo prazo, que confere a seu detentor um direito de crédito contra a companhia emissora. Quem investe em debêntures se torna credor dessas companhias. No Brasil, as debêntures constituem uma das formas mais antigas de captação de recursos por meio de títulos.

É compreensível tal determinação legal, tendo em vista a responsabilidade ilimitada dos comanditados, entretanto, conforme o artigo 1.047 do Código Civil, os comanditários podem fiscalizar operações da sociedade e também tomar parte das deliberações sociais, resguardando seus direitos.

### 3.4. SOCIEDADE EM COMUM

A sociedade em comum é aquela sem registro ou inscrição nos órgãos competentes, ou seja, “tendo ou não ato constitutivo escrito, não o levaram ao registro e, conseqüentemente, não adquiriram a personalidade jurídica”, conforme ensina Marlon Tomazette (2009, p. 282). O autor ainda lembra que as sociedades em processo de formação também são sociedades em comum, pois já existem, mas não forma devidamente “registradas” ainda.

O fato da ausência de registro nos órgãos competentes não permite que esta sociedade possua personalidade jurídica, trazendo a responsabilidade solidária e ilimitada para o sócio que contratou por ela e subsidiária dos demais integrantes da sociedade, inclusive no caso de falência. Entretanto tem legitimidade para estar em juízo, pois sua existência é reconhecida pelo Código Civil.

### 3.5. SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO

Também uma sociedade antiga, cujo a origem a história aponta para as navegações. Monica Gusmão (2009, p. 112) lembra da origem das sociedades em conta de participação quando leciona:

A origem das sociedades em conta de participação eram as chamadas *societas maris* (sociedades marítimas) e constituía-se de um sócio *stans* (que ficava na cidade) e de um sócio *tractator* (o que exercia no navio, a atividade mercantil), tendo breve duração, visto que constituída para, em regra, uma só viagem. (como no original)

É uma sociedade oculta, pois somente o sócio ostensivo se obriga perante terceiros, sendo o outro sócio, o participante irrevelado tem responsabilidade apenas perante o sócio evidente, nos termos

previamente acordado entre os membros da sociedade. Amador Paes de Almeida (2007, p. 116) leciona:

A sociedade em conta de participação se constitui de duas ou mais pessoas que se associem para a realização de empreendimentos, levados a efeito e nome exclusivo do denominado *sócio ostensivo*, que responde solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, assumidas em seu nome pessoal.

André Luiz Santa Cruz Ramos (2013, p. 133) entende se tratar propriamente de uma sociedade, “mas de um contrato especial de investimento”. O autor partiu da premissa de ser “incoerente chamar de sociedade a conta em participação, uma vez que ela não possui personalidade jurídica”, e por sua natureza secreta e ausência de nome empresarial.

Apesar de tal vínculo societário existir internamente, apenas perante os membros a lei reconhece sua existência através do Código Civil, não permitindo que terceiros sejam lesados, vinculando o sócio ostensivo a responsabilidade ilimitada, fazendo com este responda sozinho perante terceiros.

### 3.6. SOCIEDADE EM NOME COLETIVO

Sociedade constituída exclusivamente de pessoas físicas com responsabilidade ilimitada e solidária perante terceiros. Entre os sócios pode haver, segundo Mônica Gusmão (2009, p.18), “(...) cláusula limitativa de responsabilidade” que “somente produz efeitos entre os sócios (*interna corpore*) e não pode ser oposta a terceiros”. Amador Paes de Almeida (2007, p. 108) explica:

Em conformidade com o disposto no art. 1.039, parágrafo único, do N. Código Civil, os sócios podem, no contrato social, ou em convenção posterior, limitar entre si a responsabilidade de cada um. Tal convenção, porém, não tem qualquer efeito perante terceiros. Para estes, todos permanecerão solidários e ilimitadamente responsáveis, subsidiariamente, pelas obrigações sociais.

Assim, fácil é verificar que essa espécie de sociedade só possui uma categoria de sócios – *os sócios solidários* -, ao contrário das demais

sociedades, que, ou reúnem sócios solidários e de responsabilidade limitada conjuntamente (como ocorre com a sociedade em comandita simples), ou apenas de responsabilidade limitada (como a sociedade limitada). (como no original)

A firma social é necessária para a criação desta sociedade e sua administração somente poderá ser exercida por um dos sócios, sendo vedada, expressamente, a administração por pessoa estranha ao quadro societário. Nesta sociedade os bens particulares dos sócios podem ser alcançados, sendo que antes deve haver um esgotamento dos bens societários. André Luiz Santa Cruz Ramos (2013, p. 365) resume:

Ademais, sendo a sociedade em nome coletivo modelo societário em que os sócios respondem ilimitadamente pelas obrigações sociais, subentende-se que (i) ela deve sempre adotar *firma social* como espécie de nome empresarial (art. 1.041, parte final, c/c o art. 1.157 do CC), (ii) não se admite a participação de incapazes, (iii) os sócios têm ampla liberdade para disciplinar as suas relações sociais, desde que não desnaturem o tipo societário escolhido, (iv) ela é uma sociedade de pessoas, dependendo de consentimento dos demais sócios a entrada de estranhos ao quadro social e (v) a sua administração compete aos próprios sócios, não se admitindo a designação de não sócio para o desempenho de tal mister (art. 1.042 do Código Civil). (como no original)

A dissolução desta sociedade pode ocorrer por qualquer causa constante no artigo 1.033 do Código Civil e no caso de sociedade empresária, como existe o registro e a legalização da mesma, pode ser declarada a falência. Além do mais é uma sociedade contratual, regida, subsidiariamente pelas normas da sociedade simples.

### **3.7. SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO**

A Lei n. 11.079 de 30 de dezembro de 2004 trouxe para o ordenamento jurídico o nome da sociedade de propósito específico (SPE), até então não cogitada. Esta sociedade guarda relação com joint venture “modalidade de cooperação entre sociedades empresárias com a finalidade de exercício de uma atividade econômica independente e com intuito lucrativo”, conforme leciona André Luiz Santa

Cruz Ramos (2013, p. 382) e completa:

A sociedade de propósito específico não é, na verdade, um novo tipo societário, mas apenas uma sociedade empresária – geralmente uma S/A – que terá objeto social único, exclusivo, conforme seu próprio nome já indica. Será constituída, pois, para desenvolver determinado projeto, sendo um mero instrumento de sua controladora para o atingimento de tal finalidade.

Esta sociedade não possui um modelo legal para sua regulamentação, tendo que utilizar-se de modelos já preexistentes, que possibilitem a personalidade jurídica, pois está será uma sociedade empresária, como a sociedade limitada ou anônima, entretanto com uma finalidade exclusiva, por isso uma sociedade de propósito específico.

A responsabilidade dos sócios será regida pelo regime jurídico societário personificável adotado, regime este viabilizador da criação de personalidade jurídica. A constituição dos sócios poderá ser de pessoas físicas ou jurídicas, conjugando interesses, habilidades e recursos para execução de atividade determinada e específica.

### **3.8. SOCIEDADE ANÔNIMA**

A sociedade anônima, como a comandita por ações, é composta por ações, sendo nominadas na doutrina como sociedades por ações. Amador Paes de Almeida (2007, p. 173) define como “a pessoa jurídica de direito privado, de natureza empresária, com o capital dividido em ações, sob uma denominação, limitando-se a responsabilidade dos acionistas ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas”.

As sociedades anônimas são conduzidas pela Lei 6.404 de 15 de dezembro de 1976, lei específica que, segundo André Luiz Santa Cruz Ramos (2013, p.282) foi editada pela necessidade brasileira de uma “nova legislação que desse mais proteção aos acionistas minoritários e mais segurança para o desenvolvimento do mercado de capitais”.

Suas características principais são: de ser uma sociedade empresária eminentemente de capital com finalidade lucrativa, tendo seu capital social dividido em ações. A responsabilidade dos sócios ou

acionistas é limitada ao valor das ações adquiridas, sendo necessária sua regularização perante os órgãos competentes para seu funcionamento.

Algumas destas sociedades necessitam de autorização governamental para o seu funcionamento, estas por sua atividade, seja pelo risco ambiental, risco a terceiros, ao mercado nacional e regulamentação estatal, como as sociedades de mineração, navegação, companhias aéreas, de seguro e sociedades estrangeiras.

Por ser uma sociedade de capital por excelência, pois nela é possível a entrada de estranhos ao quadro societário independentemente de permissão dos outros sócios. Entretanto, conforme diz André Luiz Santa Cruz Ramos (2013, p. 284) “não é incomum que sociedades anônimas – sobretudo companhias fechadas familiares – assumam uma feição personalista, por meio de regras estatutárias”.

Neste caso, no estudo social pode ser imposta a limitação de circulação de ações nominativas, conforme artigo 36 da Lei 6.404 de 15 de dezembro de 1976 e por meio de acordos de acionistas previsto no artigo 118 da mesma lei, determinando assim, a feição personalista, também, deste tipo societário. Marlon Tomazette (2009, p. 391) completa:

A ideia fundamental na instituição é a obra a realizar, possuindo menos importância a vontade dos sócios. A vontade dos sócios é restrita à aceitação da disciplina, sem uma preocupação maior quanto aos efeitos; ao contrário do que ocorreria nos contratos, essa vontade dos sócios não seria tão determinante na vida da sociedade quanto a função social a ser exercida. Por isso, o ato constitutivo das sociedades anônimas seria um ato institucional, o qual daria origem a uma instituição.

O nome da sociedade deve ter sempre a expressão ou abreviatura de sociedade anônima ou companhia, Marlon Tomazette (2009, p. 389) ressalta a vedação da “utilização da expressão companhia ao final (art. 3º da Lei 6.404/76), a fim de evitar confusões com outras sociedades, como a sociedade em nome coletivo”. E ainda ensina a possibilidade de inclusão do nome de pessoas físicas no nome,

como exceção.

As sociedades anônimas podem ser classificadas em abertas e fechadas, segundo o artigo 4º, *caput*, da Lei das Sociedades Anônimas. Fechada, segundo Amador Paes de Almeida (2007, p. 192) “é a companhia que não formula apelo à poupança pública, obtendo recursos entre os próprios acionistas ou terceiros subscritores”. Em relação à aberta, explica o autor:

Aberta é a companhia que procura captar recursos junto ao público, seja com emissão de ações, debêntures, partes beneficiárias ou bônus de subscrição, ou ainda depósitos de valores a negociação em Bolsa (instituição pública ou privada destinada a operar ações e obrigações de companhias) ou mercado de balcão (transação dos mesmos valores sem a interferência da Bolsa).

A característica principal desta sociedade é de poder ser constituída de capital subscrito menor do que previsto e autorizado no estatuto, visto que esta, quando em funcionamento, pode emitir ações, que são parcelas do capital social, a serem negociadas e gradativamente completar o capital, independente de autorização da assembleia geral ou reforma no estatuto social.

A lei de Sociedades por Ações prevê a criação de um fundo de reserva, constituído para garantir aos credores efetivo pagamento no caso de ocorrência de prejuízos e imprevistos. Algumas dessas reservas, conforme leciona Amador Paes de Almeida (2007, p. 211) “resultam da conversão de parcela dos lucros líquidos, como ocorre com a reserva legal (art. 193), ou decorrem de aumento de valor atribuído a elementos do ativo, como a reserva de reavaliação (art. 182, § 3º)”. Além da reserva de capital, conforme explica o autor:

Dentre esses fundos cumpre destacar a *reserva de capital*, que constitui dos mais diversos fatores, dentre os quais cumpre pôr em relevo a contribuição do subscritor de ações que ultrapassar o valor nominal e o produto de alienação de partes beneficiárias e bônus de subscrição.

Como já mencionado anteriormente, a responsabilidade dos sócios neste tipo societário é limitada. Sendo assim o sócio, que

é o acionista, responde somente pela sua parte do capital social, não assumindo, conforme explica André Luiz Santa Cruz Ramos (2013, p. 286) “senão em situações excepcionalíssimas – como a desconsideração da personalidade jurídica ou a imputação direta de responsabilidade pela prática de atos ilícitos -, qualquer responsabilidade pelas dívidas da sociedade”.

Por isso os acionistas só respondem pela sua cota parte no capital social, limitando-se ao valor de emissão das ações subscritas ou adquiridas. Além disto, só responderão no caso de dolo ou culpa em atos ilícitos praticados em nome da empresa, ou nos casos previstos para a desconsideração da personalidade jurídica, o que será estudado mais adiante.

### **3.9. SOCIEDADE LIMITADA**

A sociedade limitada é a espécie societária mais comum no mercado brasileiro, tendo em vista facilidade de sua constituição e, também, a perícia dos profissionais de contabilidade em relação a mesma, tendo em vista a quantidade de sociedades limitadas abertas todos os dias, correspondendo a 90% (noventa por cento) dos registros de sociedade no Brasil. Ricardo Fiuza assim conclui:

Assim, forçoso é a conclusão de que a limitada constitui a espécie societária mais adequada à constituição das empresas, sobretudo as de pequeno e médio porte, seja sob a forma de sociedade empresária, de natureza mercantil, seja como modelo de organização da sociedade simples, que anteriormente caracterizava a sociedade civil sob a forma limitada. (FIUZA, 2008, p.1.050)

A natureza das limitadas é contratual, quanto aos atos constitutivos, pois sua constituição é realizada através de contrato social devidamente registrado. Já a natureza jurídica, segundo Mônica Gusmão (2009, p. 236) é “mista ou híbrida, isto é, tanto pode ser de pessoas quanto de capital. Depende do contrato.” Será de capital se o contrato social permitir a livre entrada e saída de membros e, também, a substituição de sócio falecido por seus herdeiros. Na de pessoas o contrato não permite o livre acesso de pessoas na sociedade, impedindo

o ingresso de herdeiros e instituindo o direito de preferência.

Os integrantes desta sociedade possuem responsabilidade limitada, esta que os obriga por sua quota-parte, entretanto, na sua constituição, todos os sócios respondem solidariamente pela total integralização do capital social. Entretanto no caso de transgressão às normas legais, gestão fraudulenta, dissolução irregular da sociedade etc., o sócio responderá solidariamente e ilimitadamente.

Tal sociedade é aquela em que a responsabilidade de cada sócio não ultrapassa o valor de suas cotas do capital social da empresa, possibilitando a limitação da responsabilidade ao valor de suas cotas, fazendo assim a linha limítrofe entre o patrimônio da sociedade e pessoal. Sendo assim, para gozar de tal prerrogativa, havendo execução de dívidas da sociedade empresária, esta não alcança o patrimônio pessoal dos sócios, com exceção dos casos previstos em lei para a desconsideração da personalidade jurídica.

A administração da sociedade é feita ou pelos sócios, ou por terceiro indicado e votado por dois terços dos membros. Esta possibilidade deve estar expressamente descrita no contrato social ou em ato separado, pois caso contrário, somente os sócios poderão administrá-la. Existe a possibilidade, em sociedades limitadas menores, com dois ou três sócios, da administração ser efetuada por todos eles, o que também deve ficar estabelecido no contrato social.

Não se pode deixar de apontar a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI, inserida no Código Civil através da Lei 12.441/11, mediante o artigo 980-A, conferindo ao empresário unipessoal, além de personalidade jurídica, a responsabilidade limitada, incentivando o empreendedorismo.

Fato que sua criação se deu pela utilização da sociedade limitada, constituída por famílias, amigos ou até terceiras pessoas com apenas 1% (um por cento) de cotas sociais, visando a fuga do empresário individual, face a responsabilidade ilimitada deste tipo, sendo certo que a EIRELI, não pode ser constituída por mais de uma pessoa,

mas garante ao empresário a responsabilidade limitada.

Mesmo assim, a sociedade limitada ainda é a mais constituída pelo empreendedor, visto a tradição empresarial brasileira e a possibilidade de divisão de responsabilidades, trabalho e apoio entre os sócios, aumentando o investimento e a participação nos negócios da empresa.

#### **4. A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO PRESERVADOR-RECEBEDOR NAS SOCIEDADES**

O sistema capitalista busca lucro em todas as atividades empresárias, e a preservação da natureza, do ecossistema, nem sempre acarreta o lucro esperado para as sociedades empresárias. O sistema deve trazer para o empresário a possibilidade do desenvolvimento sustentável, visando a preservação do planeta, junto com a captação de lucro.

O Poder Público tem atuado de forma sustentável, inserindo no mercado, através do princípio do preservador-receptor, trazendo políticas de incentivo para que os gastos com a preservação do meio ambiente sejam amenizados através de Pagamento por Serviços Ambientais e, também, o ICMS Ecológico.

Em primeiro momento tem-se a possibilidade do PSA (Pagamento por Serviços Ambientais), que conforme Henry Phillippe Ibanes de Novion (2010), assim consiste:

O pagamento ou a compensação por serviços ambientais consiste na transferência de recursos (monetários ou outros) a quem ajuda a manter ou a produzir os serviços ambientais. Como os benefícios dos serviços ambientais são aproveitados por todos, o princípio é que nada mais justo que as pessoas que contribuem para a conservação e a manutenção dos serviços ambientais recebam incentivos. Não é suficiente cobrar taxas de quem polui um rio ou desmata uma nascente, é preciso recompensar aqueles que garantem a oferta dos serviços voluntariamente.

O próprio Poder Público paga ao preservador, através de programas como Bolsa Floresta, compensando aquele que deixa de desmatar ou agredir o ecossistema para preservá-lo, abrindo mão de lucro ou

vantagem econômica qualquer.

Já o ICMS Ecológico possibilita o repasse de quantia ao município pelo estado, proporcional ao aumento de áreas de preservação ambiental. Quanto maior a área, maior a possibilidade de repasse de recursos arrecadados com o ICMS para as cidades que mais preservarem o meio ambiente.

Logicamente, com intuito de receber tal verba, os municípios incentivam as empresas a auxiliarem na preservação de mananciais, áreas verdes e demais partes do ecossistema, pois quanto menos houver degradação ambiental, maior será a verba repassada. Assim pesquisadores do site O Eco (2014) resumem:

O ICMS Ecológico é um mecanismo tributário que possibilita aos municípios acesso a parcelas maiores que àquelas que já têm direito, dos recursos financeiros arrecadados pelos Estados através do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, o ICMS, em razão do atendimento de determinados critérios ambientais estabelecidos em leis estaduais. Não é um novo imposto, mas sim a introdução de novos critérios de redistribuição de recursos do ICMS, que reflete o nível da atividade econômica nos municípios em conjunto com a preservação do meio ambiente.

Portanto políticas vêm sendo criadas para incentivar a preservação do meio ambiente, sendo que princípio do preservador-recebedor, está cada vez mais presente nas sociedades empresárias, pois é mais interessante para todos receber valores ou incentivos por preservar o meio ambiente, do que ser autuado por poluir ou degradar.

## 5. CONCLUSÃO

O artigo que se encerra teve como propósito discorrer acerca do princípio do preservador-recebedor nas sociedades limitadas, para isto, necessário se fez uma abordagem, no primeiro momento da proteção da tutela ambiental brasileira.

O futuro do ser humano depende da preservação do meio ambiente, porque não é possível ter vida sem que a natureza seja

respeitada. O homem depende do ar, da água, da terra, fauna e flora para continuar perpetuando a espécie neste planeta.

A vontade de auferir lucro, de empreender, ter sucesso, que são causas para a sensação de busca da felicidade fazem com que o homem esqueça das necessidades primordiais e também de que o planeta não é eterno e o meio ambiente não se renova de forma automática, possuindo recursos infinitos e fortes o suficiente para resistir a tudo e a todos. Grande engano.

Assim o Poder Público, através de alguns pesquisadores que estão além do tempo, percebeu que é necessário ajudar as empresas a preservar o meio ambiente e mesmo assim, auferir lucro, gerando empregos, tributos e cumprindo sua função social no sistema capitalista.

O princípio do preservador-recebedor é o futuro do desenvolvimento sustentável, pois previne a degradação do meio ambiente, fazendo com que àqueles que cuidarem e preservarem tenham seu gesto reconhecido, através de incentivos financeiros e fiscais, por isso a necessidade de observância e devida aplicação do referido princípio.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. Manual das sociedades comerciais (direito de empresa). 16.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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

\_\_\_\_\_. Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Diário Oficial [da] União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei 6.404 de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Diário Oficial [da] União, Brasília, DF, 17 dez. 1976. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2018

CARVALHO, Gabriel Luiz (Sociedade de propósito específico). Jus Navigandi, dez 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10756/sociedade-de-proposito-especifico#ixzz3qhfhwVx0>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de Direito Comercial*. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FIUZA, Ricardo. Código civil comentado (coordenador até a 5.ed. Ricardo Fiuza). 6.ed. rev. e atual. – coordenação de Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008.

GUSMÃO, Mônica. Lições de direito empresarial. 9.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MASCARENHAS, Luciane Martins de Araújo. *Desenvolvimento sustentável: estudo de impacto ambiental e estudo de impacto de vizinhança*. Curitiba: Letra da Lei, 2008.

MILARÉ, **Édis**. *Direito do Ambiente*. 8ª ed. ver. atual. ref. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 2013.

O ECO. *O que é ICMS ecológico*. Disponível em: <http://www.oeco.org.br/dicionario-ambiental/28048-o-que-e-o-icms-ecologico/>. Acesso em: 15 abr 2018.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. *Direitos difusos e coletivos: ambiental*. São Paulo : Saraiva, 2012.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial esquematizado*. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial (teoria geral e direito societário, volume 1)*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

UNIDADES DE CONSERVAÇÃO DO BRASIL, *Pagamento por serviços ambientais*. Disponível em: <https://uc.socioambiental.org/sustentabilidade-financeira/pagamento-por-servi%C3%A7os-ambientais>. Acesso em: 15 de abr. 2018.

# AS BOAS PRÁTICAS ANTICORRUPÇÃO E A LIVRE INICIATIVA

Fernando de Paula Gomes Ferreira<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

O artigo ora apresentado tem por pretensão a análise dos efeitos do princípio anticorrupção nas relações privadas, precipuamente figurando como mola propulsora de uma série de boas práticas comerciais e, por que não dizer, republicanas que estão sendo implementadas nas instituições de natureza privada.

O foco territorial do artigo resume-se ao Brasil, mas na medida do possível, comparado a Portugal, pois são dois países de língua portuguesa e que possuem entre si estreitos laços culturais.

Depois de tudo que se tem falado sobre corrupção, bem como diante do amplo fato social noticiado pela mídia global sobre este tema, aos desavisados pode parecer redundante reviver o assunto por meio de um artigo científico-acadêmico.

Primeiramente cumpre esclarecer que é justamente pelo amplo fato social noticiado em todo o mundo que o tema corrupção merece atenção. Os escândalos se amontoam por todos os cantos, em todos os lugares e setores, sem qualquer distinção social ou geográfica.

Em segundo lugar, esse cancro social, hoje talvez mais evidente em razão do acesso à informação, há de ser aclarado, colocado ao sol, para que todos não só o percebam como também o identifiquem nos

---

<sup>1</sup> Fernando de Paula Gomes Ferreira, advogado e professor, especialista em Direito Civil e Processual Civil pela PUC-GO; especialista em Direito Público pela PUC-GO; mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC-GO; Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa-Portugal.

pormenores de suas próprias vidas.

Terceiro, não há lugar mais propício para tratar de assunto tão delicado como em um artigo científico, pois que nada melhor que a academia ou a universidade, como o próprio nome sugere, para *universalizar* as pessoas e as ideias. Neste tipo de espaço não há de haver censura ou dogma, não há de haver restrições.

Dela, da corrupção, não há dúvidas da existência e da malversação, já dúvidas pairam sobre o *princípio anticorrupção*, pois que pode ser considerado um novel entre os *mandamentos de otimização* (MIRANDA, 2016, p. 190) implícitos e existentes no bojo das constituições republicanas.

Identificada a corrupção, sabidamente uma das principais causas das mazelas sociais que assolam a vida de todos, principalmente dos menos favorecidos, torna-se necessário construir sua antinomia. O Primeiro Capítulo deste artigo se dedica a esta investigação, com destaque para o princípio anticorrupção.

Por outro lado, os Estados, por meio de seus agentes, estão enlaçados pela corrupção. As entidades privadas, por cultura ou por necessidade, acabam por serem condescendentes com ela. O estudo também passa por analisar as sociedades modernas sobre este prisma, já as reconhecendo como aptas a identificar e tratar este câncer.

Desta feita, o Segundo Capítulo volta o foco às entidades privadas, que dentro do contexto da corrupção normalmente tomam o papel de agentes corruptores. Todavia, hoje elas são incentivadas a seguir algumas boas práticas anticorrupção, acabando por perceber que o cumprimento de uma obrigação legal, mas antes de tudo moral, pode se tornar um diferencial competitivo no mercado, agregando valor aos produtos e serviços comercializados, gerando respeito e credibilidade ao negócio, impactando-o positivamente.

O artigo, então, é um convite ao leitor para conhecer algumas dessas ações, por vezes incentivadas pelo próprio Estado brasileiro, mas sempre voltadas ao combate da corrupção.

## 2. A CORRUPÇÃO E O PRINCÍPIO ANTICORRUPÇÃO

Antes de adentrar nos meandros do princípio anticorrupção, mister se faz elucidar algumas características que envolvem o tema corrupção. Definir corrupção não é tarefa fácil, hoje absorvida como objeto de estudo de várias ciências, a corrupção ganhou contorno e aceção próprias de cada área que ousa estudá-la, mas fato é que nenhuma delas lhe empresta característica virtuosa, muito pelo contrário.

O mesmo argumento foi utilizado por Amílcar Araújo Carneiro Júnior, que assim lecionou:

A conceituação da corrupção varia de acordo com inúmeros fatores e depende da perspectiva do observador. O jurista, o teólogo, o sociólogo, o filósofo, cada qual possui uma visão diversificada sobre o que seja. (CARNEIRO JÚNIOR, 2015, p. 08).

Dentre outras, destacamos a mais singela e literal definição do que é corrupção, adotada pelo Dicionário Michaelis (2017) de língua portuguesa:

1. Ato ou resultado de corromper; corrompimento, corruptela; 2. Decomposição de matéria orgânica, geralmente causada por microrganismos; putrefação; 3. Alteração das características de algo; adulteração; 4. Degradação de valores morais ou dos costumes; devassidão, depravação; 5. Ato ou efeito de subornar alguém para vantagens pessoais ou de terceiros; 6. Uso de meios ilícitos, por parte de pessoas do serviço público, para obtenção de informações sigilosas, a fim de conseguir benefícios para si ou para terceiros.

Todavia, não há de se menosprezar o tema, muito menos os inúmeros estudos dedicados ao assunto. O professor Doutor Jónatas Eduardo Mendes Machado, catedrático da Universidade de Coimbra e professor da Universidade Autónoma de Lisboa, em material produzido para suas aulas, (MACHADO, 2015) discorre com maestria sobre o tema enfatizando suas várias faces.

Em completo ensaio, o professor Doutor Jónatas Eduardo Mendes Machado descreve a corrupção na visão da teologia, da filosofia, na história das ideias políticas, explorando o conceito de corrupção, ainda: na ciência política, na economia, na sociologia e na religião.

Em resumo podemos afirmar que de todo lado que se analise e em qualquer tempo ou espaço a corrupção sempre se mostrou presente. Desde a Bíblia Sagrada, até os mais modernos trabalhos<sup>2</sup> sobre o tema fica deveras demonstrado que a corrupção desvirtuou os homens e as sociedades. No Brasil e em Portugal não é diferente. Mas as notícias colocam o Brasil *de hoje* em destaque, pois que enfrenta uma verdadeira pandemia quando o assunto é corrupção.

O Brasil é um país rico. Esta afirmação apesar de ser verídica, leva normalmente a duas constatações a depender do intérprete: *i)* aos mais leigos, a desacreditar; *ii)* aos mais técnicos, a questionar. Os leigos desacreditam porque salta aos olhos que a afirmação não representa a realidade experimentada, vivenciada; os técnicos a questionam porque contrapõem a afirmação a outros dados estatísticos que a complementam.

Ocorre que em números nominais, de fato, o Brasil é um país rico, representando em 2017 a 8ª maior economia do mundo<sup>3</sup>, conforme enfatiza o Fundo Monetário Internacional. Todavia, a riqueza do país deve ser analisada sob outros pálios, a exemplo do índice de competitividade (81ª posição)<sup>4</sup>, do índice de desenvolvimento humano<sup>5</sup> (79ª posição), do índice de Gini<sup>6</sup> (10º país mais desigual do mundo), apenas para citar alguns exemplos.

Portugal, por sua vez, dada sua tímida economia ocupa modesta colocação nos rankings formados para o ano de 2017. De todo modo, os números revelam uma situação satisfatória se comparado ao Brasil, pois que ocupa atualmente a 42ª posição no índice de competitividade<sup>7</sup>

2 Folha de São Paulo. *A corrupção define o Brasil, mas não o brasileiro*. São Paulo. (24. out.2017). Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/10/1929574-corrupcao-define-brasil-mas-nao-o-brasileiro-diz-estudo.shtml>>. Acesso em: 25.out.2017.

3 Governo do Brasil. *FMI: Brasil volta ao posto de 8ª maior economia*. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2016/10/fmi-brasil-volta-ao-posto-de-8-maior-economia>>. Acesso em: 25.out.2017.

4 Globo.com. *Brasil cai para 81ª posição em ranking de competitividade de países*. Disponível em <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/09/brasil-cai-para-81-posicao-em-ranking-de-competitividade-de-paises.html>>. Acesso em: 25.out.2017.

5 Scribd. *IDH em 2017*. Disponível em <<https://pt.scribd.com/document/347489666/IDH-em-2017>> Acesso em: 25.out.2017.

6 O Globo. *O Brasil é o 10º país mais desigual do mundo*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/brasil-o-10-pais-mais-desigual-do-mundo-21094828>> Acesso em: 25.out.2017.

7 Negócios. *Portugal sobre quatro lugares no ranking de competitividade*. Disponível

e a 41ª colocação do índice de desenvolvimento humano<sup>8</sup>.

Paradoxalmente a afirmação de que o Brasil é um país rico, há séculos está confinado à sombra de uma realidade vergonhosa, representada pela má distribuição de riquezas e muito longe da erradicação da miséria.

Para piorar a situação, soma-se à argumentação os dados relativos à corrupção, pois que o Brasil ocupa a vexatória 4ª posição entre os países mais corruptos do mundo, conforme divulgado recentemente pelo Fórum Econômico Mundial<sup>9</sup>.

É urgente a necessidade de se estabelecer critérios mais transparentes para as atividades públicas e privadas, capazes de atenuar a corrupção, tendo por lastro as boas práticas de gestão adotadas por outros países, aí incluída a transparência, que senão ajuda a erradicar a corrupção, que ao menos a coloque em patamar menos crítico, assim entendido como um *ponto de equilíbrio* em que o numerário despendido para a manutenção do controle seja condizente com as vantagens dele obtidas.

A corrupção desenfreada, alarmante como veiculado, impõe ao Brasil o *status quo*, cuja perspectiva de piora tende a se acentuar se nada for feito, impactando sobremaneira a prestação de serviços gratuitos aos cidadãos, principalmente à camada da população mais fragilizada, colocando em xeque os próprios fundamentos da Constituição da República Federativa do Brasil, principalmente aquele insculpido no inciso III do artigo 1º, qual seja, a *dignidade da pessoa humana*.

É notório que as estatísticas mundiais produzidas por organismos internacionais imparciais são bons elementos de comparação entre nações, de forma que as constatações das inconformidades do Brasil podem ser facilmente demonstradas, conforme já visto. A questão agora

em: <<http://www.jornaldenegocios.pt/economia/detalhe/portugal-sobe-quatro-lugares-no-ranking-mundial-de-competitividade>>. Acesso em: 25.out.2017.

8 SIC Notícias. *Portugal sobe no índice de desenvolvimento humano, mas continua em lugar modesto*. Disponível em: <<http://sicnoticias.sapo.pt/pais/2017-03-21-Portugal-sobe-no-indice-de-desenvolvimento-humano-mas-continua-em-lugar-modesto>>. Acesso em: 25.out.2017.

9 El País. *Brasil é o 4º país mais corrupto do mundo, segundo Fórum Econômico Mundial*. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/03/internacional/1475517627\\_935822.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/03/internacional/1475517627_935822.html)>. Acesso em: 25.out.2017.

é saber se é possível atrelar esses dados aos índices relativos à corrupção.

O professor Doutor Jónatas Eduardo Mendes Machado leciona (2017, p. 91) que a corrupção tem consequências, a saber: viola os direitos humanos, representa um obstáculo à democracia e ao Estado de Direito, ameaça o desenvolvimento sustentável, além de promover a evasão e a fraude fiscal, a lavagem de dinheiro (em Portugal conhecida como branqueamento de capitais), o crime organizado, o inventivo e o financiamento do terrorismo.

De plano, portanto, já se pode afirmar que a corrupção ofende uma gama de institutos jurídicos presentes na Constituição brasileira. Apenas para citar alguns exemplos dentro do título dos princípios fundamentais, segue: a cidadania (art. 1º, II), a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), a garantia do desenvolvimento nacional (art. 3º, II), erradicação da pobreza e da desigualdade social (art. 3º, III), repúdio ao terrorismo (art. 4º, VIII).

Na Constituição portuguesa não é diferente, seguem alguns destaques: dignidade da pessoa humana e construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 1.º), respeito e garantia da efetivação dos direitos e liberdades fundamentais e realização da democracia econômica, social e cultural (art. 2.º).

Assim, resta evidente que com desvios de recursos públicos<sup>10</sup> em proporções inimagináveis faltem aos brasileiros serviços básicos como: saneamento básico<sup>11</sup>, ensino público de qualidade<sup>12</sup>, segurança

10 Estadão. Blog Fausto Macedo. *Corrupção desvia 200 bi, por ano, no Brasil, diz coordenador da Lava Jato*. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/corruptao-desvia-r-200-bi-por-ano-no-brasil-diz-coordenador-da-lava-jato/>>. Acesso em: 27.out.2017.

11 Portal Saneamento Básico. *O Saneamento Básico no Brasil* – por Hiram Sartori. Disponível em: <<https://www.saneamentobasico.com.br/o-saneamento-basico-no-brasil-por-hiram-sartori/>>. Acesso em: 27.out.2017. Para se ter uma ideia, o número de brasileiros que não tem acesso a água tratada chega a 35 milhões, segundo o Instituto Trata Brasil. E pior: mais de 100 milhões de pessoas não tem as suas casas ligadas a redes de esgoto no Brasil. E apenas 40% dos esgotos são tratados – a região norte é a que mais sofre, com apenas 14% do esgoto sendo tratados. Estima-se que o país demoraria cerca de 20 a 30 anos para universalizar o saneamento básico, e gastaria 500 bilhões de reais na empreitada.

12 Negócios e Carreira. *O ensino público no Brasil – Um dos piores do mundo* – por Edson Leal. Disponível em <<http://negocioscarreiras.com.br/ensino-publico-no-brasil-um-dos->

pública<sup>13</sup>, dentre outros.

Sobre este aspecto, vale recordar o jargão: *que futuro deixaremos para os nossos filhos?* O jurista Jorge Miranda explica que:

Aceitem-se direitos das gerações futuras ou considerem-se tão só deveres das gerações presentes para com elas, sem dúvida existe um princípio de solidariedade entre as gerações proclamado a respeito do ambiente (como sucede nos citados arts. 225º da Constituição brasileira e no 66.º da Constituição portuguesa), mas que decorre do objetivo fundamental assumido por ambas as Constituições de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 13º na primeira e art. 1º na segunda). (MIRANDA, 2016, p. 54-55).

Ora, ou se desenvolve e aplica instrumentos de combate à corrupção ou este ensinamento nunca passará de um mero discurso. A dignidade dos cidadãos está escorrendo pelo esgoto das negociatas de agentes públicos e empresários, por vezes com a condescendência da própria sociedade, que não raro se inebria com os corruptos e corruptores, numa espécie de *Síndrome de Estocolmo*.

Segundo dados da Transparência Internacional<sup>14</sup>, quanto ao Índice de Percepção da Corrupção, Portugal ocupa a 28ª posição e o Brasil a 79ª posição. Vale frisar, no entanto, que o Brasil vem sofrendo expressivas quedas no referido índice, descendo de 2015 para 2016 sete posições no ranking, enquanto Portugal manteve-se estagnado.

O índice reflete o fato que que corrupção é muito mais do

---

piores-do-mundo/>. Acesso em: 27.out.2017. A edição 2015 do Pisa, a principal avaliação de educação básica do mundo, organizada pela OCDE, mostrou a realidade, ou seja, que a educação brasileira é uma das piores do mundo. [...] O Brasil estagnou e segue nas piores colocações em uma comparação com outros 69 países e territórios. Em Leitura, a média dos países ricos é 493, o primeiro Cingapura tem 535 e o Brasil está em 59º lugar com 407. Em Ciências, a média dos países ricos é 493, o primeiro Cingapura tem 556 e o Brasil amarga o 63º lugar com 401. Em Matemática, a média dos países ricos é 490, o primeiro, mais uma vez, Cingapura tem 564 e o Brasil está no distante 44º lugar com 377.

- 13 Globo.Com. *Brasil registra o maior número de assassinatos da história em 2016; 7 pessoas foram mortas por hora no país* – por Cíntia Acayaba. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/brasil-registra-o-maior-numero-de-homicidios-da-historia-em-2016-7-pessoas-foram-assassinadas-por-hora-no-pais.ghtml>>. Acesso em: 27.out.2017. De acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, foram registradas 61.619 mortes violentas, o que equivale ao número de mortes provocadas pela bomba atômica em Nagasaki, no Japão. A letalidade policial cresceu 25,8%.
- 14 Transparency International. *Corruption Perceptions Index 2016*. Disponível em: <[https://www.transparency.org/news/feature/corruption\\_perceptions\\_index\\_2016](https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016)>. Acesso em: 27.out.2017.

que apenas dois tipos penais: corrupção ativa e passiva. Corrupção é sinônimo de obtenção de vantagem ilícita, nepotismo, compra de votos, formação de quadrilha, lavagem de dinheiro, tráfico e terrorismo, venda de decisões judiciais, manipulação do mercado de capitais, investimentos no legislativo em troca de benefícios fiscais, fraudes em licitações, aditamentos contratuais ilícitos, evasão de divisas etc.

Não se pode afirmar que nada vem sendo feito. Conforme se verá a seguir, inúmeras ações internacionais, e mesmo no Brasil, estão sendo implementadas visando o combate maciço à corrupção. São exemplos:

O Decreto n. 3.678, de 30 de novembro de 2000<sup>15</sup>, promulgou a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, afirmando já no seu art. 1º que será *executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém*.

O Decreto n. 4.410 de 07 de outubro de 2002<sup>16</sup>, alterado pelo Decreto n. 4.534/2002, promulgou a Convenção Interamericana contra a Corrupção, afirmando no seu art. 1º que será *executada e cumprida tão inteira como nela se contém, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso “c”*.

Já no Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006<sup>17</sup>, o Brasil promulgou a Convenção Das Nações Unidas contra a Corrupção, afirmando no seu art. 1º que será *executada e cumprida tão inteira como nela se contém*.

A título argumentativo, recentemente a Procuradora-Geral da República – PGR, Dra. Raquel Dodge, propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade<sup>18</sup> contra o Decreto Presidencial n. 9.246, de 21 de dezembro de 2017<sup>19</sup>, que concedeu indulto de natal e comutação de penas a condenados de todo o Brasil.

15 Decreto n. 3.678. *Diário Oficial da União*. 30.nov.2000.

16 Decreto n. 4.410. *Diário Oficial da União*. 07.out.2002.

17 Decreto n. 5.687. *Diário Oficial da União*. 31.jan.2006.

18 STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5874. Relator Ministro Luís Roberto Barroso.

19 Decreto n. 9.246. *Diário Oficial da União*. 21.dez.2017.

Segundo a PGR o decreto poderá ser a causa de impunidade de crimes graves como os apurados no âmbito da Operação Lava Jato e de outras operações de combate à corrupção sistêmica registrada no país. Em resumo, a ação pede suspensão imediata de parte da norma que beneficia condenados a crimes como corrupção e lavagem de dinheiro<sup>20</sup>.

Em decisão monocrática, datada de 28 de dezembro de 2017, a presidente do Supremo Tribunal Federal, ministra Cármen Lúcia, acatou em parte os termos da ação. A decisão suspende os efeitos dos dispositivos apontados pela Procuradora-Geral até o exame do caso pelo Relator da ADI 5874, ministro Luís Roberto Barroso, e julgamento pelo Plenário do STF<sup>21</sup>.

Todavia, conforme demonstrado anteriormente, nem todas essas medidas foram capazes de estancar a sangria da corrupção no Brasil, pois que atualmente ocupa a vexatória 79ª posição no ranking do Índice de Percepção da Corrupção.

Uma das grandes precursoras e defensora da existência do Princípio Anticorrupção é a americana Zephyr Rain Teachout, que escreveu o livro *O Princípio Anticorrupção*, no qual defendeu com veemência, referindo-se ao seu país natal, *que a Constituição leva consigo um princípio anticorrupção, bem como o princípio da separação de poderes, ou o federalismo. É um princípio autônomo incorporado na estrutura da Constituição.* (TEACHOUT, 2017)

A estrutura constitucional brasileira e portuguesa também nos leva a entender que há, mesmo que implicitamente, incorporado no seio constitucional, o princípio anticorrupção. Essa afirmação deriva do fato que em ambos diplomas constitucionais vê-se presente a separação dos poderes e todo o sistema de freios e contrapesos, bem

---

20 Procuradoria-Geral da República. *Raquel Dodge propõe ADI contra decreto que definiu critério para concessão de indulto natalino*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/raquel-dodge-propoe-adi-contradecreto-que-definiu-criterio-para-concessao-de-indulto-natalino>>. Acesso em: 27.dez.2017.

21 Supremo Tribunal Federal. *Ministra Cármen Lúcia suspende dispositivos de decreto que amplia regras para concessão de indulto*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=365887>>. Acesso em: 28.dez.2017.

como uma previsão da existência de um Tribunal de Contas com atribuição para, dentre outras, fiscalizar a atividade administrativa daqueles que lidam com dinheiro público.

A Constituição portuguesa refere-se ao Tribunal de Contas no art. 214.º e o conceitua como órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas que a lei mandar submeter-lhe.

Já a Constituição brasileira prevê no art. 70 que *a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.*

Em complemento, o art. 71 descreve que *o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União.* Não se pode perder de vista que compete ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União responsabilidade de realizar atividades relacionadas à defesa do patrimônio público e ao incremento da transparência da gestão, por meio de *ações de controle interno*, auditoria pública, correição, prevenção e combate à corrupção e ouvidoria.

Pois bem, com todo esse arcabouço de normas é importante entender se um comando constitucional pode ser direcionado ao particular e às entidades privadas em geral. Caso positivo, por exemplo, a dignidade da pessoa humana e o princípio anticorrupção poderiam ser imputados diretamente, vez que todos são princípios constitucionais.

A matéria já foi enfrentada por Jorge Reis Novais, quando propôs a investigar, quais seriam os destinatários do comando constitucional da dignidade:

- a) Sendo seguro que a dignidade da pessoa humana, nas várias dimensões em que projeta efeitos normativos enquanto princípio constitucional, vincula todos os poderes públicos, trata-se agora de saber em que medida os destinatários do princípio – no sentido dos

que ficam obrigados juridicamente por ele – incluem também os particulares e as entidades privadas. [...]

b) Parece seguro que, enquanto princípio jurídico basilar em que assenta o Estado de Direito, a dignidade da pessoa humana é de aplicação geral, directa e imediata em quaisquer circunstâncias, em quaisquer domínios e ramos de Direito. Desde logo, não restarão quaisquer dúvidas que a dignidade, enquanto princípio constitucional supremo, invade e conforma materialmente toda a ordem jurídica do Estado de Direito e o princípio servirá uniformemente, em quaisquer ramos do Direito, incluindo o Direito privado, como fonte de conformação e critério geral de interpretação, aplicação e de integração. (NOVAIS, 2016, p. 92-93).

Do mesmo modo o princípio anticorrupção, enquanto princípio constitucional, deve ser aplicado directamente ao particular e às entidades privadas em geral. Até porque, conforme já demonstrado, a dignidade da pessoa humana é tolhida pela desenfreada corrupção, vez que retira do cidadão seus mais básicos direitos.

### **3. BOAS PRÁTICAS ADOTADAS PELAS ENTIDADES PRIVADAS**

No capítulo anterior, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, foi esboçado o problema da corrupção e municiada a defesa quanto a existência de um princípio constitucional anticorrupção.

Ademais, de forma exemplificativa foi demonstrado quão grave é este problema para um país como o Brasil, que arde em necessidades básicas múltiplas e vê suas riquezas serem desviadas por nefastos canais antirrepublicanos.

Neste capítulo serão abordadas algumas ações que derivam do combate à corrupção, que felizmente não são poucas, e que têm alimentado os mais esperançosos de que é possível fazer um futuro mais alvissareiro para as gerações vindouras.

Também tem o propósito de demonstrar que as boas práticas adotadas pelas entidades privadas, muitas delas fomentadas pelo próprio Poder Público, têm colaborado com o combate à corrupção.

Como visto, a corrupção não deve ficar diminuída aos tipos penais de corrupção ativa e passiva, pelo contrário. Por exemplo, o *nepotismo* é também uma forma de se obter vantagem indevida em razão do cargo que determinado agente público ocupa, oportunidade em que se valendo desta posição nomeia parentes para cargos comissionados em evidente afronta aos princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade e, também, do implícito princípio anticorrupção.

O tema nepotismo também encontra amplo debate, mas fato é que em 2008 o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n. 13<sup>22</sup>, vendando terminantemente o nepotismo por violação patente aos postulados da Constituição da República. Em complemento, o Decreto n. 7.203, de 04 de junho de 2010<sup>23</sup>, dispôs sobre a vedação do nepotismo no âmbito da administração pública federal.

Em dezembro de 2010, ainda nas comemorações do Dia Internacional de Combate à Corrupção, o Ministério da Transparência e a Controladoria-Geral da União-CGU instituiu o chamado Cadastro Empresa Pró-Ética. Trata-se de uma ação que visa sensibilizar o setor produtivo a adotar programas de integridade corporativa, no intuito de prevenir atos de corrupção.

Conforme descrito no sítio digital da própria CGU<sup>24</sup>, o Pró-Ética foi reconhecido em 2012 como *Boa Prática* no âmbito da quarta rodada de avaliação da Organização dos Estados Americanos – OEA, pela Comissão de Peritos do Mecanismo de Acompanhamento da Implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção – MESICIC.

22 Supremo Tribunal Federal. *Súmulas Vinculantes*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 29.out.2017. Súmula Vinculante n. 13. A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

23 Decreto n. 7.203. *Diário Oficial da União*. 04.jun.2017.

24 Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. *Histórico*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica/historico>>. Acesso em: 29.out.2017.

Para a empresa conseguir o Selo Pró-Ética é necessário entrar no Sistema da CGU e preencher o formulário de adesão. É necessário, no mínimo, que a empresa comprove: *i)* regularidade fiscal; *ii)* participar do Pacto Empresarial pela Integridade e Contra a Corrupção do Instituto Ethos; *iii)* ter instituído um Código de Ética ou documento equivalente; *iv)* não constar de qualquer cadastro de inadimplentes.

A avaliação é feita por um Comitê Gestor do Pró-Ética e para cada série de respostas ao questionário enviado junto com o termo de adesão é atribuído uma pontuação, por exemplo: 20 pontos para as respostas relacionadas a comprometimento da alta direção da empresa com a ética; 15 pontos para as respostas relacionadas a existência efetiva de canais de denúncia e remediação ou; 15 pontos para as respostas relacionadas a análise de riscos e monitoramento. A empresa que obtiver mais de 70 pontos é habilitada e ganha o Selo Pró-Ética.

Após isso foi sancionada a Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013<sup>25</sup>, também conhecida com Lei Anticorrupção. A rigor, ela dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.

Conforme prevê o art. 1º da referida Lei, ela tem alcance às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

Como novidade, a Lei Anticorrupção estabeleceu a possibilidade de *responsabilização objetiva* de quaisquer empresas privadas, além de prever outras medidas visando modificar a cultura empresarial, incentivando a moralidade nas relações com o Poder Público.

Importante frisar, também, que a Lei Anticorrupção muda o

---

25 Lei n. 12.846. *Diário Oficial da União*. 01.ago.2013.

foco de atuação para perseguir o corruptor, tanto em relação à própria pessoa jurídica, quanto em relação aos seus sócios, administradores, funcionários, enfim, prepostos sobre qualquer rubrica.

Pierpaolo Bottini e Igor Tamasauskas, citados por Carlos Edinger, enfatizam que:

Esse parece ser o objetivo maior da Lei Anticorrupção, ao estabelecer um mecanismo mais contundente para o controle de ilícitos cometidos contra o Estado, e ao deslocar o foco da persecução para o corruptor, trazendo objetivamente à atividade empresarial a necessidade de portar-se de modo ético, sob pena de responder por desvios de conduta de seus colaboradores, funcionários e dirigentes. (EDINGER, 2017, p. 03).

Ademais, a Lei Anticorrupção impulsiona no Brasil a implementação de programas de integridade, conforme se vislumbra no art. 7º, inciso VIII, ao estabelecer que será levando em consideração na aplicação da sanção *a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.*

É sensível a modificação de postura imposta às entidades de natureza privada em geral. Aquelas melhor estruturadas, por evidente, já trilham o caminho da integridade e buscam consultorias para ajudá-las na implementação de ouvidorias, auditorias internas e instituição de programas de *compliance*.

Em razão da vigência da Lei Anticorrupção, iniciou-se um processo de reestruturação do Pró-Ética por parte da CGU, redundando no aumento no número de participantes e na divulgação em torno das empresas positivamente avaliadas. Segundo a própria CGU, essa reestruturação terminou em 2015, com a criação de uma nova metodologia de avaliação e de uma nova forma de divulgação das empresas Pró-Ética.

Outra premissa importante é que no Brasil, atualmente, existem cerca de 6,4 milhões de empresas. Destas 99% são consideradas micro e pequenas empresas (MPE). Essas MPE são responsáveis por 52% dos empregos formais (com carteira de trabalho assinada e gerando

benefícios trabalhistas e previdenciários)<sup>26</sup>.

Desta feita, tornava-se crucial para a mudança cultura que fosse implementado algum programa de integridade voltado também para as MPE, o que foi feito por meio do *Programa Empresa Íntegra*.

Os pequenos negócios são parte fundamental da integridade, pois representam parcela considerável das empresas do Brasil. Direta ou indiretamente, essas empresas fazem negócios com o setor público, seja na comercialização direta, seja na cadeia produtiva de empresas de maior porte ou mesmo quando buscam o serviço público para viabilizar sua atuação, como na concessão de licenças e alvarás.

Criado pelo Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU) e pelo Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae), o Programa Empresa Íntegra promove a ética e a integridade em empresas de todo o Brasil. CGU e SEBRAE se uniram para fomentar esse tema nos pequenos negócios<sup>27</sup>.

Foram criadas duas cartilhas de sensibilização das MPE, tendo por foco o slogan de que uma empresa íntegra é aquela que passa uma boa percepção de valor, de confiabilidade, de segurança e, acima de tudo, de respeito aos clientes, parceiros, colaboradores e fornecedores<sup>28</sup>.

Uma série de vídeos, folders, campanhas publicitárias, palestras e novas parcerias foram sendo realizadas por todo o país. A capilaridade do SEBRAE, existente em todas as Unidades Federativas e centenas de unidade de atendimentos nos municípios brasileiros, fez com que o conteúdo da ação Empresa Íntegra fosse ao encontro das MPE<sup>29</sup>.

26 SEBRAE. *Pequenos negócios em números*. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/sp/sebraeaz/pequenos-negocios-em-numeros,12e8794363447510VgnVCM1000004c00210aRCRD>>. Acesso em: 29.out.2017.

27 Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. *Empresa Íntegra*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-integra>>. Acesso em: 29.out.2017.

28 SEBRAE. *Empresa Íntegra*. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/empresa-integra-saiba-como-protoger-o-seu-negocio-contra-a-corrupcao,3b9fb-85844cb5510VgnVCM1000004c00210aRCRD>>. Acesso em: 29.out.2017.

29 Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. *Ministério da Transparência e Sebrae lançam Rede Nacional Empresa Íntegra*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2017/07/ministerio-da-transparencia-e-sebrae-lancam-rede-nacional-empresa-integra>>. Disponível em: 29.out.2017.

Com isso, as MPE estão cada vez mais entendendo que ligar sua marca a um programa de integridade empresarial de combate a atos de corrupção pode representar um diferencial competitivo no mercado, agregando valor ao negócio.

Outra boa prática adotada no Brasil referente ao combate à corrupção é a *Alliance for Integrity – AFIN*, uma iniciativa da Cooperação Alemã para o Desenvolvimento (agência governamental estruturada como companhia privada, mas sem fins lucrativos) novamente em parceria com o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União.

Conforme esclarece a própria CGU, trata-se de uma iniciativa global de ações coletivas (*collective actions*) que reúne partes interessadas dos setores privado e público e da sociedade civil em um esforço conjunto de construção e promoção de soluções para fortalecer a transparência e a integridade no sistema econômico.

Continua a CGU: a *Alliance for Integrity* oferece soluções práticas para fortalecer as capacidades de *compliance* das empresas e de sua rede de fornecedores. Além disso, contribui para melhoria das condições estruturais, estimulando o diálogo entre os setores público e o privado. Esta é a razão para *Alliance for Integrity* ser o ponto de contato global relevante para as empresas no combate à corrupção de forma coletiva<sup>30</sup>.

Como visto, inúmeras boas práticas estão sendo implementadas no Brasil visando o combate à corrupção. Estas citadas são apenas algumas das mais relevantes, pois que atuam sobre o comportamento e a cultura das entidades de natureza privada, detentoras do poder de corromper em razão do poderio econômico que ostentam.

#### 4. CONCLUSÃO

O presente artigo se propôs a analisar as boas práticas de combate a corrupção no Brasil. Por manter semelhanças e laços

30 Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. *Alliance for Integrity*. Disponível em: <Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União.> Acesso em: 29.out.2017.

culturais, os dados relativos a Portugal foram trazidos ao debate a título de comparação.

Viu-se que a par de uma série de ciências distintas que se propuseram a estudar o fenómeno da corrupção, ainda assim é difícil definir os seus contornos, isso porque ela não se prende, como de início poderia imaginar, tão somente aos tipos penais da corrupção ativa e passiva.

De todo modo, restou evidente que as mazelas sociais são, senão geradas, inflacionadas substancialmente pela corrupção. Em números viu-se que o valor estimado dos desvios no Brasil resolveria muitas das demandas básicas da população, principalmente das classes menos favorecidas.

Ademais, um Estado é formado por princípios constitucionais fundamentais, norteadores do seu *dever-ser*. A corrupção, como visto, representa uma afronta direta e patente a estes princípios constitucionais, pervertendo a ordem, o justo e a moral, além de condenar as gerações futuras aos *status quo*.

Demonstrou-se que toda constituição moderna, republicana, que institui um Estado Democrático de Direito tem presente, mesmo que implicitamente, um princípio anticorrupção, afastando as condutas daninhas que insistem em macular o Estado, por meio de seus agentes, e seus cidadãos, todos muitas das vezes seduzidos pelo ganho fácil, na confusão proposital entre o público e o particular.

De contrapartida, ficou evidente que no Brasil estão sendo implementadas algumas boas práticas de combate à corrupção, muitas delas com foco de atuação voltado ao corruptor, com a consagração de que se há corrupto é porque tem quem o corrompe.

Assim, programas de integridade, *compliance*, auditorias internas e ouvidorias para denúncias estão sendo inseridas cada vez mais dentro do conceito empresarial, assim como muitas entidades privadas estão buscando se adequar a essa nova realidade, elaborando seus mapas estratégicos e fazendo instituir seus Códigos de Ética e de Conduta.

As micro e pequenas empresas, antes relegadas às ações de mero

fomento, passaram a ocupar lugar de protagonismo, já que são parte considerável do setor produtivo. A disseminação das ações parte do próprio Estado e de suas parcerias, com destaque para o Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE. O SEBRAE é parceiro do Programa Empresa Íntegra e membro do Comitê Gestor do Pró-Ética.

Por fim, há a constatação, hoje, de que as empresas estão mudando seu mapa estratégico, passando a perceber que a ética e a probidade, assim reconhecidas e atreladas às suas marcas, agregam valor aos seus produtos e geram resultado financeiro.

Com o ciclo fechado, após uma epidemia vergonhosa de casos de corrupção no Brasil, algo de positivo tem também entrado para a história, qual seja, todo o esforço dos brasileiros para combater esse mal que a tantos acomete, no intuito de ver o país progredir e fazer frente aos anseios das gerações vindouras.

## REFERÊNCIAS

CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. *A República Brasileira e o Princípio Constitucional Anticorrupção*. Trabalho apresentado como requisito parcial de avaliação do Doutorado em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI, realizado pelas Faculdades de Direito e Economia da Universidade de Coimbra. Coimbra. Setembro. 2015.

BOTTINI, Pierpaolo; TAMASAUSKAS, Igor *apud* EDINGER, Carlos. *Programas de integridade anticorrupção: autonomia e heteronomia*. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2017.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *O princípio anticorrupção. Dimensões constitucionais e jurídico-internacionais*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/df2015/docs/anti-corrupcao.pdf>>. Acesso em: 08.out.2017.

MICHAELIS. *Dicionário Brasileiro de Língua Portuguesa*. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?id=we1w>>. Acesso em: 08.out.2017.

MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana. Dignidade e direitos fundamentais*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2016.

TEACHOUT, Zephyr. *The Anti-Corruption Principle*. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3123&context=clr>>. Acesso em: 27.out.2017.

# DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL – ADJECÇÃO DE PRÁTICAS SOCIOAMBIENTAIS AO SETOR EMPRESARIAL

**Bruna Araújo Guimarães<sup>1</sup>**

**Nivaldo dos Santos<sup>2</sup>**

## 1. INTRODUÇÃO

O mundo passou a almejar o desenvolvimento socioeconômico, o qual se expandiu na era industrial, quando iniciou o aumento acelerado dos processos produtivos com a utilização desmedida dos recursos naturais. Os seres humanos, na intenção de acumular e circular capital divorciaram a relação da sua existência com o meio ambiente. Esse comportamento degradador do homem sobre a natureza gerou e gera impactos catastróficos no âmbito planetário, instalando-se a crise ambiental globalizada.

Evidentemente, as adversidades ambientais auxiliaram a razão da necessidade dos Estados intervirem nas relações privadas para priorizar o interesse coletivo e difuso sobre o bem particular, mas a posição de maior aceitação de preservação da natureza está centrada no benefício do ser humano, ou seja, a preservação somente é viável para preservar a vida, saúde e bem estar humano. Além dessas compreensões, a evolução humana e o interesse pelo desenvolvimento econômico auxiliaram a instalação globalizada da crise ambiental.

Neste contexto, surge a figura do Desenvolvimento Sustentável – um conjunto de medidas instituídas para satisfazer as necessidades da população, respeitando normas ecológicas de forma a não

---

1 Mestre em Direito Agrário da Universidade Federal de Goiás (Bolsista FAPEG). Pós-graduada em Direito e Consultoria Empresarial e graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO). Contato: [adv.brunaguimaraes@gmail.com](mailto:adv.brunaguimaraes@gmail.com)

2 Doutor em Direito PUC-SP. Professor UFG e PUC-GO. Coordenador da Rede Estadual de Pesquisa em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia de Goiás. Apoio CAPES, CNPQ e FAPEG. Contato: [nivaldodossantos@bol.com.br](mailto:nivaldodossantos@bol.com.br)

prejudicar o desenvolvimento das gerações futuras.

No entanto, a desunião do desenvolvimento econômico dos valores sociais e do meio ambiente causa um verdadeiro conflito socioeconômico ambiental, mediante a denominada crise ambiental, esta é entendida como a escassez de recursos naturais e as diversas catástrofes em nível planetário, surgidas a partir das ações degradadoras do ser humano na natureza, o que motivou a realização deste trabalho.

Quanto à estrutura, este trabalho será organizada em dois tópicos. No primeiro, apresentar-se-á o contexto histórico, ressaltando sua abordagem constitucional, além de discorrer sobre a questão dos desafios que o desenvolvimento sustentável encontra no meio empresarial. segundo, será descrito a posição do tema em relação ao princípios, a busca do equilíbrio, os sistemas econômicos e as possíveis adjecções do direito ao meio ambiente sustentável e do setor empresarial.

A reboque disso tudo, foi inexorável o desenvolvimento da tecnologia jurídica de modo a reger estas situações que repercutem de forma tão importante no cotidiano do Estado, das empresas e dos cidadãos, dando então, o espaço especial que merecem a adjecção das práticas socioambientais ao progresso empresarial e globalizador, que de forma inter-relacionada devem contribuir para a efetividade do Desenvolvimento Econômico Sustentável e conseqüentemente para o bem comum.

## **2. O HODIERNO SISTEMA ECONÔMICO**

### **2.1. OS SISTEMAS ECONÔMICOS**

O sistema econômico pode ser definido como a reunião dos diversos elementos participantes da produção de bens e serviços que satisfazem as necessidades humanas da sociedade, organizados não somente no fator econômico, mas também nos fatores social, jurídico e político (NUSDEO, 2005).

Os sistemas econômicos podem ser classificados em sistema

capitalista, ou economia de mercado, e sistema socialista, ou economia planificada, ou ainda economia centralizada. O sistema capitalista é regido pelas forças de mercado, predominando a livre iniciativa e a propriedade privada dos fatores de produção dos bens (NUSDEO, 2005).

Com a evolução da economia surgiram, no âmbito do sistema capitalista, algumas teorias econômicas que definiram a forma de atuação das economias, sobretudo nos países ocidentais. As principais teorias foram o liberalismo, o neocapitalismo ou keynesianismo e, recentemente, o neoliberalismo (LUIZ *et al*, 2009).

Para entender a evolução dos sistemas econômicos e seus objetivos na economia, Luiz *et al* (2009, p. 31) explicam:

O liberalismo prevaleceu até o início do século XX. Esta teoria defendia o sistema de concorrência pura, em que não havia a intervenção do Estado na atividade econômica. Os defensores do liberalismo entendiam que o mercado deve se resolver por si só, e que tem a capacidade de se ajustar à economia toda a vez que apresentar distorções. [...] Por volta de 1930, Keynes lançou sua teoria chamada neocapitalismo. Em sua teoria, Keynes defende que o mercado não consegue sozinho, resolver todos os problemas econômicos e que se faz necessária a intervenção do Estado na economia.

Apesar de defender a participação do governo na atividade econômica, a teoria de Keynes não defendia o controle total pelo Estado e mantinha-se a favor do respeito à propriedade privada. E por volta de 1980 a 1990, o Estado se afasta da economia, em virtude do processo de globalização, percebendo-se, sobretudo nos países subdesenvolvidos, a vontade de livrar-se das empresas estatais, promovendo as privatizações. Esta nova condição significou a volta do liberalismo econômico, com a valorização do mercado e o afastamento do Estado da economia, denominado neoliberalismo.

O fato é que um aumento na eficiência da produção não constitui pré-condição adequada para a satisfação plena das necessidades básicas da população. Além disso, um aumento na disponibilidade de recursos e uma elevação nos padrões de vida podem ocorrer na ausência de qualquer mudança no processo de produção, como o aumento da pressão sobre as reservas naturais dos recursos não renováveis

(SILVA, 2009, p. 47).

A globalização econômica gera a crise ambiental, pois por um lado há necessidade de produção e desenvolvimento tecnológico, e de outro há a relação de consumo que aumenta a demanda pela disponibilidade de produtos no mercado. Ainda existe a problemática do meio ambiente, com a utilização desmedida de recursos naturais. Segundo Weyermüller:

A sociedade evolui de forma muito rápida. As múltiplas possibilidades decorrentes do desenvolvimento humano representam complexidade e riscos, sobretudo pelas dificuldades de controle sobre esse incremento tecnológico extremamente promissor. [...] tornando-se ainda mais complexa em virtude do fenômeno da globalização e sua forte vinculação com a economia que financia as pesquisas que viabilizam novos produtos para as novas necessidades que se multiplicam. Assim como o incremento da tecnologia representa melhorias consideráveis para a qualidade de vida, também representa risco futuro. Risco imprevisível devido às complexas redes de interconexões que se produzem num ambiente de alta complexidade (2010, p.17).

Assim, há uma transição para um novo movimento econômico em defesa da concorrência, porém adaptada aos novos tempos, depois de um período de neocapitalismo. O sistema socialista resolve as questões econômicas fundamentais por meio de um órgão central de planejamento, predominando a propriedade pública dos fatores de produção. Percebe-se que na economia planificada não há direito à propriedade privada; no entanto, existem algumas, pertencentes a pequenos grupos de indivíduos, com a interferência do Estado (LUIZ; GASPAROTTE; GEIDELIS JÚNIOR, 2009, p. 31).

Portanto, independentemente do sistema econômico adotado em um país e indiferentemente a quem pertença os fatores de produção, é imprescindível a combinação da natureza, do capital e do trabalho, para que sejam gerados os bens e serviços que irão atender as necessidades humanas.

Sendo assim, é imperativo analisar a sustentabilidade em sentido amplo, pois o desenvolvimento tecnológico e científico não pode ser interrompido. Portanto, diante da crise ambiental e das expectativas em relação ao futuro, é necessária uma atitude antecipadora dos riscos ambientais, por meio de práticas e políticas dos Estados e do Poder Público. Trata-se da complexa conciliação entre os interesses econômicos e a necessidade de preservar o meio ambiente, pois o fenômeno social se desenvolve acelerado em relação às normas do Direito (WEYERMÜLLER, 2010a, p.17).

Aliás, a finalidade do progresso de um modelo de desenvolvimento econômico preocupado com a distribuição de riquezas e geração de lucro com a preservação dos recursos naturais, deve visar o bem-estar social e ambiental da população, aliados aos fatores econômicos e financeiros de um país.

## **2.2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ECONÔMICO**

O artigo 170 da Constituição Federal de 1988 esquematiza a estrutura do ordenamento jurídico. O Direito Econômico é a regulamentação da política, como meio de recomendar e regular as atividades econômicas. Segundo Derani (2008, p. 41) “o Direito Econômico pode ser compreendido como instrumento de política econômica e como um direito político”, além disso, visa à manutenção do sistema produtivo e constitui o conjunto das relações econômicas e sociais.

Com relação aos objetivos da ordem econômica previstos no *caput* do artigo 170 da Constituição Federal de 1988, Derani (2008, p. 236) destaca “a finalidade da ordem econômica estaria em assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Estes preceitos são a razão de todo texto sob o título da ordem econômica e financeira da Constituição Federal”. Entretanto, interpretando a Constituição Federal de 1988, quanto à diminuição do papel do Estado nas atividades econômicas, Vaz (1993, p. 319) assevera que “a Constituição em vigor revela tanto uma diminuição do papel do

Estado nas atividades econômicas quanto à instigação do particular para que participe de modo mais ativo na realização dos objetivos de ordem econômica e financeira e da ordem social”.

Embora o desenvolvimento econômico pretenda uma proteção do meio ambiente, a natureza deve ceder à economia, sob pena de não evolução das atividades econômicas e sociais:

Existe uma antinomia entre o conceito de meio ambiente dos ambientalistas e aquele que é entendido pelos juristas. Os primeiros dão ao meio ambiente um contexto finalista e abstrato calcado no dever ser e com isso o aproximam do que seria o ideal para a vida humana. [...] Já, os segundos entendem o meio ambiente como um ser, algo presente e concreto, contextualizado através do princípio do desenvolvimento sustentável; deve haver interação entre o meio ambiente e o desenvolvimento humano, exteriorizado pelas condicionantes do direito positivo. Para estes, o meio ambiente é aquilo que o direito expõe ser (BARROS, 2010, p. 21).

A política do desenvolvimento econômico busca a regulação e organização de mercado, que segundo Derani (2008, p. 48-51) “são indissociáveis os fundamentos econômicos de uma política ambiental consequente e exequível. E uma política econômica consequente não ignora a necessidade de uma política de proteção dos recursos naturais”. Estabelece a interligação do direito econômico com o direito ambiental, que a economia deve atender as finalidades sociais, com o fim de riqueza social e melhoria da vida na sociedade. E acresce que a “imaneente necessidade de expansão produtiva da atividade econômica implica a subordinação de toda relação ser humano e natureza a uma única e suficiente ação apropriativa.” Esta interligação também induz a consideração à natureza como recurso, como fornecedora de matéria prima .

Assim, a importância da interrelação entre os princípios constitucionais ambientais e os princípios constitucionais da ordem econômica, seu relacionamento e interdependência, salientam e priorizam a defesa ambiental.

Com relação aos princípios constitucionais da ordem econômica, Derani (2008, p. 224) salienta:

Os princípios de estímulo ao desenvolvimento econômico, traduzidos pelo fortalecimento e expansão dos fatores da produção, pelo aumento do nível de emprego, do desenvolvimento da tecnologia, e pelo aumento da quantidade e variedade de produtos no mercado, com a elevação do poder aquisitivo e do valor do investimento, reflete as bases normativas do desenvolvimento do Estado.

Portanto, o meio ambiente pode ser entendido como um direito econômico a ser usufruído, garantindo a continuidade da existência dos seres vivos, os quais necessitam dos recursos ambientais como garantia de sua sobrevivência na Terra. Assim, o meio ambiente consiste no espaço que expande a vida, necessitando de proteção, preservação, recuperação e utilização racional dos recursos econômicos naturais. Por isso, todo o desenvolvimento econômico e social deve ser compatibilizado com o ambiental, bem como o meio ambiente sadio e a qualidade de vida.

### **3. O PARADIGMA DO DESENVOLVIMENTO E DO MEIO AMBIENTE AO PROGRESSO EMPRESARIAL**

Quando se debate sobre o meio ambiente, entende-se o espaço físico, integrado pelos seres bióticos e pelos componentes abióticos, independentemente da amplitude geográfica. O meio ambiente, assim, é determinado como uma área de grande e complexa abrangência, que está relacionada com toda a atividade humana, pois as ações antrópicas provocam impactos ambientais.

Portanto, deve ser interpretado como um bem jurídico complexo, pois engloba os elementos naturais como a água, o ar atmosférico, o solo, a flora e a fauna, inclusive o próprio ser humano, e também os elementos culturais e artificiais, como os equipamentos urbanos e os edifícios construídos pelo ser humano (SCHONARDIE, 2005, p. 25).

Porém, nesse entendimento, Antunes (2009, p. 7) aduz que “um dos fundamentos da atual crise ecológica é a concepção de que o humano é externo e alheio ao natural”. Por lógico, em relação à proteção do meio ambiente, considera-se que o ser humano é parte integrante

da natureza e de que sua ação pode modificar a essência desta, seja para cultivá-la, seja para destruí-la. Com isso, surgem as normas ambientais, com o objetivo de regular a relação do ser humano com a natureza.

Já Figueiredo (2011, p. 54) define meio ambiente como “a completa extensão de condições externas, físicas e biológicas, na qual um organismo vive. Meio ambiente inclui considerações sociais, culturais, econômicas e políticas, tanto como os aspectos [...] compreendidos como solo e clima”. Ainda, o meio ambiente é a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que constitui e condiciona como o lugar em que se vive, que desenvolve e expande a vida humana.

A Política Nacional do Meio Ambiente, no inciso I do artigo 3o, da Lei no 6.938, de 1981, apresenta o conceito de meio ambiente, como sendo o “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

Porquanto, conservar o meio ambiente é uma atribuição do Poder Público e uma obrigação de toda a sociedade. Nesse sentido, o artigo 225, da Constituição Federal de 1988 ressalta o caráter patrimonial do meio ambiente e fundamenta o conceito ao referir-se sobre o equilíbrio ecológico e a sadia qualidade de vida.

Em relação à amplitude da conceituação do ambiente, Milaré (2011, p. 146) acentua. Pode-se dizer que se protegem os elementos bióticos e abióticos e sua respectiva interação, para se alcançar a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, porque este bem é responsável pela conservação de todas as formas de vida. Possui importância fundamental a identificação do meio ambiente ecologicamente equilibrado como sendo um bem autônomo e juridicamente protegido, de fruição comum (dos elementos que o formam), porque o dano ao meio ambiente é aquele que agride o equilíbrio ecológico, e uma eventual reparação deve ter em conta a recuperação desse mesmo equilíbrio ecológico.

Ademais, segundo Derani (2008, p. 52), a natureza é o recurso

natural a ser apropriado, e o ser humano é sujeito apartado do objeto a ser apropriado. Considera-se o sujeito como elemento social e o objeto como elemento natural. Significa que o meio ambiente é um conceito que deriva do ser humano, a que o mesmo está ligado, porém, o ser humano não o integra. Todavia: Nos primórdios, o ser humano exercia essa ação predatória para sobreviver, e igualmente para enriquecer, retirando da natureza toda a matéria de que necessitava [...]. Atualmente, a essas matrizes se agregam outras vertentes que incluem o ser humano na teia da vida, processo do qual esse mesmo ser humano se excluía como parte inerente (MEDEIROS, 2007, p. 23).

A imanente necessidade de expansão produtiva da atividade econômica acarreta na subordinação de toda relação ser humano e natureza a uma única e suficiente ação apropriativa; a natureza passa a ser exclusivamente recurso, elemento da produção e objeto da apropriação humana (DERANI, 2008, p. 50-51).

A destrutiva dominação a que o ser humano submeteu o meio ambiente alcançou um estágio sem precedentes. Isso induz a rever os fundamentos das concepções hoje dominantes a respeito do ser humano e de seu sentido, enquanto partícipe da vida no planeta Terra. Nesse sentido, “nossa civilização luta incessantemente para gerar e comercializar riquezas. Na luta por estes objetivos, imergimos em um ambiente em constante desintegração dos recursos naturais e do ser humano, correndo o risco de gerar um mundo artificial” (MEDEIROS, 2007, p.15).

Nesta seara, é polêmico o conceito de desenvolvimento sustentável, tendo em vista ser o próprio desenvolvimento o causador dos danos ambientais. Na busca desenfreada pela mudança, pela evolução, o ser humano acabou sendo sua própria vítima, com sua ação predatória. Doutra feita, todos os membros de uma comunidade ecológica estão interligados numa extensa rede de relações, bem como à interdependência ecológica. O comportamento de cada ser vivo do ecossistema depende dos outros seres vivos na teia da vida.

Observa-se que a problemática ambiental deve ser encarada

como uma interrogação no conhecimento do mundo. A epistemologia ambiental demonstra a fragilidade da ciência moderna diante dos desafios postos pela crise ambiental e pela complexidade do mundo.

Segundo Leite (2003, p. 72), o conflito entre ser humano e natureza existe desde que aquele surgiu na Terra, em decorrência da necessidade de adequação do meio ambiente às suas necessidades, somada ao fato destas serem ilimitadas, em oposição à finitude dos recursos naturais. Este conflito foi se agravando com o advento de novas tecnologias, possibilitando ao ser humano ir além da mera subsistência de consumo, buscando maiores níveis de produção, o que caracterizou um modelo de apropriação dos recursos naturais, baseado no paradigma antropocêntrico utilitarista.

Verifica-se que o ser humano não se percebe como parte integrante do meio ambiente. Essa concepção é consequência da cultura racionalista moderna, baseada na dualidade ser humano e natureza, ou seja, o ser humano está fora e acima da natureza, vista como objeto externo ao sujeito humano que, pela ciência e a tecnologia, explora sem limites os recursos naturais (CORRÊA; BACKES, 2006, p. 86).

No momento em que as decisões políticas, econômicas e sociais são interdependentes, elas têm o potencial de constituir um sistema. O conjunto de obstáculos e oportunidades que se apresenta aos agentes internacionais pode formar um sistema de ação, ou seja, uma fonte de regulação. No plano internacional, as relações entre os agentes poderiam resumir-se a jogos baseados em necessidade de convergência, de interesses particulares e seus obstáculos. O encadeamento de decisões interdependentes em processo similar pode, sob condições precisas, produzir um equilíbrio que se estabeleceria com uma potencial regulação em escala global.

Aliás, a preservação do meio ambiente é uma obrigação de todos em benefício da coletividade, tanto das gerações presentes quanto das sucessivas. Com efeito, a natureza não pode ser explorada de forma desarmônica com a sustentabilidade ambiental, tendo o desrespeito à ordem protetiva do meio ambiente, implicações administrativas, civis

e penais. (DERANI, 2008).

Imperioso afirmar que não há dúvidas de que o crescimento seja um fator importante para o desenvolvimento. Mas, não se deve esquecer que no crescimento a mudança é quantitativa, enquanto no desenvolvimento é qualitativa. Os dois fatores estão ligados, mas com conceitos diferentes (VEIGA, 2006, p. 125).

O novo modelo de desenvolvimento deve situar o ser humano como centro do processo de desenvolvimento e considerar o crescimento econômico como um meio e não como um fim; precisa proteger as oportunidades de vida das gerações atuais e futuras e respeitar a integridade dos sistemas naturais que possibilitam a existência de vida na Terra. Isso implica redefinir o desenvolvimento econômico, percebido como um fim em si mesmo, e criar as condições para superar o paradigma da modernidade, fundado no atual modelo econômico, expresso no domínio do poder sobre a natureza e os outros (CORRÊA; BACKES, 2006, p.105-106).

### **3.1. EVOLUÇÃO AO ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL**

Nas últimas décadas do século XX, começaram a surgir os problemas ambientais como uma crise de civilização, questionando a tecnologia dominante e a economia. A partir disso, houve a necessidade de se criar normas que coíbam a degradação ambiental.

A questão ambiental transformou-se numa problemática econômica, social e política, e os conflitos socioambientais surgiram dos impasses pela apropriação da natureza para garantir um crescimento com sustentabilidade. A problemática ambiental gerou mudanças globais em sistemas socioambientais complexos que afetam as condições de sustentabilidade do planeta, propondo a necessidade de internalizar as bases ecológicas e os princípios jurídicos e sociais para a gestão democrática dos recursos naturais (LEFF, 2011).

Para Jonas (2006), “a solidariedade de destino entre o ser humano e a natureza faz igualmente redescobrir a dignidade autônoma da natureza e obriga a respeitar a sua integralidade, além do

aspecto utilitário”. Existe uma dupla responsabilidade de solidariedade entre os seres vivos e os seres humanos.

Se a obrigação a respeito do ser humano continua a ter um valor absoluto, ela não inclui menos, a partir de agora, a natureza como condição da sua própria sobrevivência e como um dos elementos da sua própria sobrevivência e como um dos elementos da sua própria complementação existencial. Ser humano e natureza, [...] vivendo em equilíbrio simbiótico, tem parte ligada (OST, 1995, p. 311).

Desse modo, o Estado é parte integrante da sociedade e impenetrável ao funcionamento das atividades da economia:

O Estado Liberal está diretamente identificado com os valores e interesses da burguesia, que, com os empecilhos impostos pelo Estado Absolutista e baseados nas idéias contratualistas, conquistara o poder político e econômico. Esse fato ocorreu porque a nobreza passou a ser a principal geradora de riquezas da época, e sua atenção recaía mais sobre as questões econômicas do que políticas, concentradas nas mãos da aristocracia e do soberano. [...] a Revolução Industrial que ocorria na Inglaterra, introduzida a partir da concentração de capitais nas mãos da burguesia, foi movida por um modelo capaz de garantir o máximo de produção no menor tempo possível, a custos mais acessíveis (RUSCHEL, 2010, p. 42-43).

Desse fato resultaram muitas desigualdades, porque no Estado Liberal, as pessoas eram livres, no espaço de liberdade de atuação individual, face ao Estado. Na economia, os valores liberais combinados com o crescimento da ciência fizeram com que a burguesia vivesse um momento de grandeza, com a Revolução Industrial, trazendo um poder quase ilimitado para os detentores dos meios de produção (RUSCHEL, 2010, p. 45).

Desde o fim da I Guerra Mundial, o Estado adotou características intervencionistas, influenciadas por fatores de ordem econômica. Com o advento da II Guerra Mundial, houve a intervenção americana e soviética contra os regimes totalitários nazifascistas. Na Europa, a França e a Inglaterra deixaram de ser as superpotências para os Estados Unidos da América e para a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, consolidando-se a Guerra Fria. No modelo capitalista, “ao contrário

da argumentação liberal, a destruição dos bens produzidos por toda a sociedade não representava um problema para o capitalismo, mas uma solução que permitiria estruturar um novo regime de acumulação de capital para o Pós-Guerra” (RUSCHEL, 2010, p. 46- 47).

Nasce, então, o Estado Social de Direito, como um Estado intervencionista nas relações privadas, visando à garantia do maior valor reivindicado na época: a igualdade. Observa-se que o Estado Intervencionista, muitas vezes, assumiu um perfil totalitário, o que deixou de caracterizá-lo como um Estado de Direito (RUSCHEL, 2010, p. 47).

No Estado Liberal foi instituído o direito privado à propriedade, que sobrepõe-se ao meio ambiente que, mesmo sendo bem comum do povo, não é tido como prioridade. A situação de trabalho mudou a sua lógica e distanciou-se da natureza humana:

No mundo capitalista industrializado, o trabalho humano passou a ser qualificado e hierarquizado quanto ao seu potencial de consumo e produção. As atividades que não puderam ser moldadas à forma do labor foram desvalorizadas e menosprezadas, fato que modificou o próprio trabalhador. [...] Com a revolução tecnológica surgiram as máquinas que, com suas intermitências mecânicas e pontuais, determinaram o ritmo do trabalho humano. O trabalho passou a ter seus processos organizados em torno da tecnologia que não apenas causa malefícios ao trabalhador, submetendo-o a funções em que a habilidade não é mais necessária. [...] A tecnologia realmente já não parece ser produto de um esforço humano consciente no sentido de multiplicar a força material, mas sim uma evolução biológica da humanidade, na qual as estruturas inatas do organismo humano são transplantadas, de maneira crescente, para o ambiente do ser humano (RUSCHEL, 2010, p. 52).

O desenvolvimento surgido pela Revolução Industrial é considerado responsável pelos problemas ambientais e sociais, já que toda a atividade estatal depende da retirada dos recursos naturais, e o domínio da natureza pelo ser humano constitui a finalidade da atividade econômica:

O Estado Social pressupõe um desenvolvimento econômico contínuo, ilimitado, pressupõe a possibilidade de retirar da riqueza produzida

quotas sempre maiores de recursos a redistribuir para compor os conflitos sociais, para frear os antagonismos sociais, para satisfazer os impulsos sociais. A constatação de que o desenvolvimento ilimitado não é possível dentro daquele ambiente limitado, que é o nosso planeta, terminou com o fazer-se constatar também entre os elementos da crise do Estado Social [...]. Os recursos são escassos, é preciso programar da maneira mais racional possível a utilização dos recursos, é preciso talvez uma programação pública do desenvolvimento, que é o substitutivo daquela que era a função de composição dos conflitos sociais própria do Estado Assistencial (DERANI, 2008, p.183-184).

O modelo social surge como uma reação à exploração exacerbada do capital sobre os trabalhadores, pois, “ao erigir uma barreira de isolamento entre o poder político e o mercado, colocando o segundo ao abrigo do primeiro, o Estado permitia que na sociedade se instalasse um Estado da Natureza, onde valia apenas a lei do mais forte” (SARMENTO, 2004, p. 31-32).

Contudo, a crise ambiental que surgiu no período da Revolução Industrial, quando iniciaram as agressões à natureza, quando para promover o desenvolvimento econômico e social se utilizava dos recursos naturais:

A deterioração ambiental decorreu das políticas baseadas nas metas de atingir um progresso infinito e foram superiores aos resultados obtidos pelo Estado de Bem Estar Social. O custo ambiental da produção começa a ser questionado, estabelecendo padrões completamente diferentes daqueles que vigoravam quando do advento da sociedade industrial. Há uma compreensão de que a qualidade de vida não se reduz a uma simples acumulação quantitativa de bens e riquezas, mas envolve outros fatores não quantificáveis pela economia [...] (PORTANOVA, 2000, p. 241).

O modelo de Estado de Direito Constitucional Ecológico, que pode ser denominado Estado de Direito Ambiental ou Estado Socioambiental, aponta novas formas de participação política e democracia com sustentabilidade, baseado na proteção do meio ambiente, pelo desenvolvimento sustentável, na integração jurídico-constitucional e na responsabilidade de longa duração, visando à garantia da

sobrevivência da espécie humana e à existência das futuras gerações.

O desenvolvimento deste Estado caracteriza-se pela juridicidade ambiental; pela dimensão garantista e defensiva, no sentido de direito de defesa contra as intervenções do Estado e demais indivíduos; é positivo- prestacional, pois cumpre ao Estado assegurar o direito ao ambiente; é jurídica irradiante, vinculando esferas pública e privada na proteção do ambiente; e jurídico-participativa, impondo à sociedade e ao Estado o dever de defender os bens e direitos ambientais (CANOTILHO, 2010, p. 24-25).

O Estado de Direito Constitucional Ecológico, segundo Canotilho (2010, p. 25-26):

O Estado (e demais operadores públicos e privados) é obrigado a um agir activo e positivo na protecção do ambiente, qualquer que seja a forma jurídica dessa actuação (normativa, planeadora, executiva, judicial). Esta protecção, além da defesa contra simples perigos, antes exige particular dever de cuidado perante os riscos típicos da sociedade de risco. [...] as dimensões jurídico-ambientais e jurídico-ecológicas permitem falar em um Estado de direito ambiental e ecológico. O Estado de direito, hoje, só é Estado de direito se for um Estado protector do ambiente e garantidor do direito ao ambiente; mas o Estado ambiental e ecológico só será Estado de direito se cumprir os deveres de juridicidade impostos à actuação dos poderes públicos.

Assim sendo, a Revolução Industrial ocasionou o uso da natureza de forma irracional, mostrando que nem no Estado liberal, nem no Estado social havia preocupação com a proteção do meio ambiente, diferentemente do Estado democrático de direito, que objetiva não somente ao interesse individual, mas aos interesses difusos ou coletivos, principalmente quanto à proteção do meio ambiente equilibrado, previsto no artigo 225 da Constituição Federal de 1988.

### **3.2. OBSTÁCULOS DO CRESCIMENTO NO MEIO AMBIENTE**

O desenvolvimento sustentável baseia-se na premissa de que o crescimento econômico e a qualidade ambiental precisam caminhar juntos, no entanto, um dos propósitos do capitalismo consiste em

exercer o domínio e o controle sobre a natureza, com a pretensão de auferir lucro sobre os bens ambientais e os serviços produzidos pelo trabalho humano. Segundo Bernardes e Ferreira (2009, p. 40):

A crise atual do modelo de desenvolvimento capitalista, a ameaça de esgotamento dos recursos naturais do planeta, o crescimento da população e do consumo, os elevados níveis de poluição da atmosfera e das águas referem-se ao abuso capitalista da ciência e da tecnologia, cuja utilização, se fosse correta, significaria a emancipação do ser humano. Portanto, existe uma forte contradição entre os princípios básicos de funcionamento do capitalismo e a preservação de um equilíbrio do meio ambiente. A ciência moderna, com seus métodos e conceitos, geraram um universo em que a dominação da natureza está estreitamente vinculada à dominação dos seres humanos.

Embora o capitalismo seja considerado um sistema que funciona com a produção e o consumo no sistema de mercado, o funcionamento eficiente da economia capitalista depende de sistemas de valores e normas. O uso de modelos econômicos formais para o funcionamento de mecanismos de mercado induz à consideração de valores nas relações econômicas, sociais, políticas e ambientais. Ademais, Pardini (2014) entende que:

[...] O fato de manter a qualidade ambiental pode não ser suficiente para evitar que a economia, em longo prazo, apresente as características da pobreza ecológica e econômica. De fato, o incremento da qualidade ambiental e o desenvolvimento humano contínuo só podem ser alcançados se forem incluídas na equação as noções de suficiência, equidade, manutenção do capital natural e melhorias qualitativas, e que a relação meio ambiente e renda podem ter o formato da CAK até um determinado ponto, mas não em longo prazo.

Cortina (2008, p. 13-15) entende que a sociedade de organização, na qual a empresa se encontra, constituiu o paradigma de todas as organizações restantes. Tanto que se afirma que a salvação dos homens depende da transformação das organizações. Como fonte de moralização coloca-se a sociedade frente ao Estado, os empresários frente ao cenário político, de modo que a nova ordem social possa colocar sua esperança na moralização da sociedade, na

iniciativa pessoal e grupal, no empresário gerador de riqueza e numa ética das organizações e instituições. Por isso, é essencial uma ética empresarial que proponha valores que hoje são necessários para se construir uma “sociedade „alta“ de moral”.

A empresa precisa legitimar sua existência e atuação mediante a confiança do consumidor, fazendo-o preferir sua empresa e produtos não somente pela eficiência de seus serviços, mas pela crença de compartilhamento dos mesmos valores éticos adotados pela sociedade. Nesta esteira, pode-se entender que as empresas são tão responsáveis quanto o são os indivíduos (CORTINA, 2008, p. 270).

Essa ética empresarial seria uma espécie dentro do gênero da ética das organizações, a qual tem como objetivos: determinar qual é o fim específico (bem interno) da organização, pois é em função deste fim que a organização tem sua legitimidade; verificar quais são os meios adequados para produzir os bens e quais valores são necessários para alcançar esses fins; quais são os hábitos que a organização deve adquirir que possibilite e demonstre a incorporação desses valores de modo a permitir que as tomadas de decisões sejam de acordo com essas metas (fins); saber como as organizações devem se portar frente às atividades, demais organizações e os bens externos e internos a elas (CORTINA, 2008, p. 24-25).

Ao estabelecer o princípio da responsabilidade, Jonas (2006, p. 18) afirma que “está pensando menos no perigo da pura e simples destruição física da humanidade, mas sim na sua morte essencial, aquela que advém da desconstrução e a aleatória reconstrução tecnológica do homem e do ambiente”. O princípio da responsabilidade tem que ter um significado ético, não pode referir-se unicamente à natureza como abstração, mas antes ao meio ambiente natural da vida humana.

É certo que a empresa deve estar em harmonia com determinado meio social, e para isso, “o desafio das empresas que querem ser reconhecidas como socialmente responsáveis é desenvolver mecanismos de interação democrática com seus parceiros estratégicos, tais como as comunidades locais” (FABIÃO, 2000, p. 73).

No Brasil, a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), como representante oficial da ISO no país, editou o Sistema de Gestão da Responsabilidade Social mediante a NBR 16001, validada em 30 de dezembro de 2004, que não é um dispositivo obrigatório e nem confere à empresa uma “certificação” ou qualquer tipo de atestado demonstrando que a empresa é socialmente responsável, mas apenas indica que aqueles que seguirem as diretrizes nela estabelecidas possuem um sistema de gestão de responsabilidade social.

Além das certificações, códigos de conduta, pactos e diretrizes criados em âmbito internacional, que ajudam a sociedade a discutir sobre o papel da empresa e auxilia o Estado no momento de positivar normas a respeito da responsabilidade social, tem-se na esfera interna a Ordem Econômica e Financeira delineada no Art. 170 da Constituição Federal de 1988, cujos princípios nele constantes trazem exatamente o substrato para se desenvolver a concepção de responsabilidade social.

Ademais, o próprio paradigma do Estado Democrático de Direito faz com que as sociedades empresariais coloquem em discussão e procurem formas de efetivar valores e objetivos importantes à sociedade, pois correspondem aos seus anseios de produtividade, lucro e harmônica com a busca do desenvolvimento sócio-econômico.

### **3.2. A COEXISTÊNCIA ENTRE MEIO AMBIENTE E O PROGRESSO EMPRESARIAL**

É imprescindível que, mesmo com a atividade econômica, haja uma relação jurídica ambiental que privilegie a atividade produtiva sem prejuízo dos valores humanos. Neste entendimento, Antunes (2009, p. 16-17) esclarece que:

A conservação e sustentabilidade dos recursos ambientais (recursos econômicos) é um instrumento para garantir um bom padrão de qualidade de vida para os indivíduos. O fator econômico deve ser compreendido como desenvolvimento, evolução, melhoria contínua e não como simples crescimento ou acúmulo. O desenvolvimento se distingue do crescimento na medida em que pressupõe uma harmonia

entre os diferentes elementos constitutivos.

O novo modelo de desenvolvimento deve situar o ser humano como centro do processo de desenvolvimento e considerar o crescimento econômico como um meio e não como um fim; precisa proteger as oportunidades de vida das gerações atuais e futuras e respeitar a integridade dos sistemas naturais que possibilitam a existência de vida na Terra. Isso implica redefinir o desenvolvimento econômico, percebido como um fim em si mesmo, e criar as condições para superar o paradigma da modernidade, fundado no atual modelo econômico, expresso no domínio do poder sobre a natureza e os outros (CORRÊA; BACKES, 2006, p.105-106).

Porém, existem alguns economistas que defendem que o crescimento econômico não causa danos ao meio ambiente natural, pois isso só ocorre em países pobres ou subdesenvolvidos. Por conseguinte, o meio ambiente desses países será beneficiado pelo crescimento econômico, quando atingirem os níveis máximos de renda *per capita*, já que a poluição ambiental consiste num problema de níveis mínimos de renda, numa crise de pobreza (VEIGA, 2006).

O Direito Ambiental e o Direito Econômico têm suas normas constitucionais, porquanto as finalidades dos preceitos ambientais, dispostos no artigo 225, devem servir de diretrizes para a atividade econômica, elencada no artigo 170 da Constituição Federal de 1988. Sendo assim, a finalidade do Direito Ambiental é compatibilizada com o Direito Econômico, pois os escopos de ambos os direitos são indissociáveis. Neste sentido, Grizzi (2008, p. 47- 48) salienta que:

Economia e Meio Ambiente são partes integrantes e dispersas no mesmo todo, seja porque este é fonte para aquela (TRABALHO + NATUREZA), ou ainda porque o meio ambiente é a integração e a interação dos seres vivos com o seu meio, e a Economia é a maneira, a forma, o instrumento com o qual o homem se integra com o seu meio. [...] No entanto, ao mesmo tempo em que a atividade econômica encontra na natureza as suas bases, ela a ameaça. Dela se utiliza ao mesmo tempo em que a degrada. Então, imperiosa a necessidade de harmonia entre elas, em prol da sustentabilidade mútua.

Um dos meios para alcançar a coexistência entre proteção do meioambiente e progresso empresarial seria a extrafiscalidade – instrumento jurídico utilizado pela Administração Pública com o escopo de, impositivamente, estimular ou desestimular condutas, prestigiando determinados valores ou interesses (BARBOSA, 2008, 261).

O uso de incentivos creditícios também é legítimo desde que utilizado para o atingimento de finalidades coletivamente relevantes e sustentado pelo princípio da igualdade pelos objetivos constitucionais de justiça social, redução das desigualdades ou na implementação de direitos individuais, sociais, econômicos, políticos e culturais. Serve como instrumento de ações estatais para proporcionar benefícios dificilmente alcançados com prévio planejamento ou por motivo de demasiado dispêndio financeiro e temporal, ou a fim de corrigir distorções no sistema econômico (ELALI, 2007, p. 117).

Outra forma de proporcionar a coexistência é declarada por Lustosa (2011) que defende que um caminho possível para se diminuir o nível dos impactos ambientais, seria através das inovações tecnológicas. A inovação ambiental (IA) poderia servir como via de mudança no padrão tecnológico atual, o padrão de uso extensivo das matérias primas, mudando estruturalmente a forma de produção em direção a uma economia mais sustentável.

Além da questão das inovações tecnológicas, o “esverdeamento” da economia poderia se dar também por outro caminho, através de investimentos em atividades de baixo impacto ambiental. Se o crescimento das atividades econômicas se der em áreas menos agressivas ao meio ambiente, será possível haver uma considerada desaceleração no processo de degradação dos recursos naturais (DERANI, 2008).

Percebe-se que a dificuldade do Estado, das empresas e da sociedade não consiste na opção entre crescimento e qualidade do meio ambiente, mas sim em buscar o justo equilíbrio entre a economia e a natureza com os objetivos socioeconômicos e ambientais. O objetivo do desenvolvimento sustentável representa a experiência de buscar o equilíbrio e a harmonia entre os fatores sociais econômicos e ambientais,

bem como a redefinição dos padrões de uso dos recursos naturais e do atendimento das necessidades básicas da população e da empresa.

#### 4. CONCLUSÃO

O presente estudo partiu de uma análise do tema “Desenvolvimento Econômico Sustentável”, no que tange a aplicação de práticas socioambientais das sociedades empresarial.

Após o surgimento do Direito Internacional do Meio Ambiente, cujo objeto é regular a sobrevivência entre nações no que diz respeito à proteção ambiental, percebe-se alguns bons progressos de forma consensual: princípios foram criados, vários tratados específicos firmados, situações revertidas, como no caso dos CFCs, que merecem maior atenção e estudo.

Os problemas que embasaram esse trabalho consistem no fato de que alguns cientistas e ambientalistas questionam que há uma crise ambiental a nível global, porquanto vive-se de forma insustentável ao desperdiçar, exaurir e degradar o meio ambiente. Salientam que a sociedade necessita romper com os sistemas lineares dos processos de consumo, produção e transformação com os descartos das empresas nacionais e internacionais.

Percebe-se que é preciso entender que o modelo ideal de trabalho e gestão em uma empresa deve ser pautado por princípios que abarquem suas externalidades negativas para a sociedade e saiba demonstrar que o melhor caminho é o de um desenvolvimento sustentado por modelos que sejam lucrativos e não causem danos ao meio ambiente, e no caso dos danos surgirem, que esses sejam mitigados da melhor forma possível.

Este trabalho não tem o intuito de abarcar todas as possibilidades de introdução desses conceitos no arcabouço empresarial; da mesma forma, não é ingênua a ponto de imaginar que as empresas devem receber as melhores práticas de proteção ambiental sem qualquer contrapartida.

Ademais, uma gestão empresarial competente e que tenha metas ambientais como proposta de futuro, certamente produzirá um efeito perpetuador dentro das empresas, alcançando o lucro no médio prazo e mantendo o fundamental que é a permanência da empresa no tempo. Um passo certo é imaginar que no que concerne às empresas, o Direito Internacional do Meio Ambiente tende a exercer uma proteção e uma forma de atuação muito peculiar que deve ser estudada sob a égide do Direito Internacional, da Economia e do Meio Ambiente, para que talvez um dia sua eficácia seja mais intrusiva tal como na proteção internacional dos Direitos Humanos.

Aliás, esse tipo de atuação tem sido observada muito em função da lucratividade que o “mercado verde” tem se mostrado. Da mesma forma, vários países passaram a atuar de uma maneira mais rigorosa com a entrada de produtos que não obedecessem alguns padrões de conduta para a sua produção, sem contar a crescente pressão dos indivíduos, que deixaram de adquirir produtos e serviços que não estivessem em conformidade com os padrões básicos de responsabilidade socioambiental.

O meio ambiente implica a satisfação do direito de todos, como um direito transindividual, pertencendo a todos indistintamente. Essa transindividualidade, preconizada no artigo 225 da Constituição Federal de 1988, apresenta a tutela de direitos individuais com a tutela de interesses coletivos. Existe o interesse do privado e do público, estabelecendo solidariedade em torno de objetivos comuns, atendendo as necessidades da coletividade

A inter-relação entre o ser humano e o meio ambiente é fundamental para a proteção do conjunto de todos os componentes que formam o planeta, sejam vivos ou não, sejam construídos ou naturais, bem como o próprio ser humano, que constitui parte integrante e dependente do todo sistêmico, denominado meio ambiente.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BARBOSA, Hermano Antônio do Cabo Notaroberto. *Regulação econômica e tributação: o papel dos incentivos fiscais in Direito Tributário e Políticas Públicas*. Coord. José Marcos Domingues. São Paulo: MP Editora, 2008.

BARROS, Pacheco Wellington. *O ser e o dever ser do meio ambiente*. Jornal Estado de Direito. Porto Alegre, a. IV, n. 27, 2010, p. 21.

BERNARDES, Júlia Adão; FERREIRA, Francisco Pontes de Miranda. Sociedade e natureza. In: CUNHA, Sandra Baptista da; GUERRA, Antônio José Teixeira (Orgs.). *A questão ambiental: diferentes abordagens*. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009. pp.17- 42.

BUTZKE, Arlindo; KÖHLER, Graziela de Oliveira. *Conflito socioeconômico e ambiental*. *Revista Trabalho e Ambiente*. Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul: Educus, v. 5, n. 9, pp. 87-103, jul./dez. 2007.

BUTZKE, Alindo; HOFFMANN Eliane Willrich. *Desenvolvimento e sustentabilidade: o grande conflito de nossos dias*. Revista Direito e Justiça: reflexões sociojurídicas. Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões: Santo Ângelo. Ediuri, a. VI, n. 9, pp. 43-61, nov., 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional ambiental português e da união europeia*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 21-31.

CORRÊA, Darcísio; BACKES, Elton Gilberto. *Desenvolvimento sustentável: em busca de novos fundamentos*. In: SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; PAVIANI, Jayme (Orgs.). *Direito Ambiental: um olhar para a cidadania e sustentabilidade planetária*. Caxias do Sul, RS: Educus, 2006.

CORTINA, Adela. *Ética Aplicada y democracia radical*. 3. ed. Madri: Editorial Tecnos, 2008.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3. ed. São Paulo:Saraiva, 2008.

ELALI, André. *Tributação e regulação econômica: um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais*. São Paulo: MP Editora, 2007.

FABIÃO, Maurício França. *O negócio da ética: um estudo sobre o terceiro setor empresarial In: Responsabilidade social das empresas: a contribuição das universidades*, v II. São Paulo: Peirópolis: Instituto Ethos, 2000.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Curso de Direito Ambiental*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRIZZI, Ana Luci Limonta Esteves. *Direito Ambiental: aplicado aos contratos*. São Paulo: Verbo Jurídico, 2008.

JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Tradução de Marijane Lisboa; Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto; PUC-Rio, 2006.

LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Tra-

- dução de Lúcia Mathilde Endlich Orth. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.
- LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- LUIZ, Leliana Aparecida Casagrande; GASPAROTTE, Valquíria; GEIDELIS JÚNIOR, Wilson. *Economia e responsabilidade socioambiental: Gestão Ambiental II*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2009.
- LUSTOSA, M. C. J., *Inovação e tecnologia para uma economia verde: questões fundamentais*. Política Ambiental, v. 8, 2011.
- MARQUES, José Roberto. *O desenvolvimento sustentável e sua interpretação jurídica*. São Paulo: Verbatim, 2011.
- MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio ambiente: direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- NUSDEO, Fabio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.
- OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do Direito*. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.
- PARDINI, Flávia. *A sustentabilidade desmonta a noção de que é preciso primeiro enriquecer para depois cuidar do meio ambiente*. Disponível em: <http://pagina22.com.br/index.php/2008/10/por-tras-de-uma-curval>. Acesso em: 20 out. 2017.
- PEREIRA, Juan Pablo Fernández. *La seguridad humana*. Barcelona: Editorial Ariel, 2006.
- PORTANOVA, Rogério. *Qual o papel do Estado no século XX? Rumo ao Estado de bem estar ambiental*. In: LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Inovações em direito ambiental*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. pp. 235-243.
- RUSCHEL, Caroline Vieira. *Parceria ambiental: o dever fundamental de proteção ambiental como pressuposto para a concretização do Estado de Direito Ambiental*. Curitiba: Juruá, 2010.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SILVA, Maria Beatriz Oliveira da. *Desenvolvimento sustentável no Brasil de Lula: uma abordagem jurídico-ambiental*. Santa Cruz do Sul: Edunisc; São Paulo: Anita Garibaldi, 2009.
- SCHONARDIE, Elenise Felzke. *Dano ambiental: a omissão dos agentes públicos*. 2. ed. Passo Fundo: UPF, 2005.
- VAZ, Isabel. *Direito econômico da propriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- VEIGA, José Eli da. *Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI*. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.
- WEYERMÜLLER, André Rafael. *Direito ambiental e aquecimento global*. São Paulo: Atlas, 2010.

# QUANDO UMA LEI PODE INTERVIR SOBRE A LIVRE INICIATIVA: O CASO DO SISTEMA DE TRANSPORTE PRIVADO DE PASSAGEIROS NO MUNICÍPIO DE PASSO FUNDO/RS, A ANÁLISE CRÍTICA SOBRE PONTOS POLÊMICOS E COMPARAÇÃO COM OS MUNICÍPIOS DE PORTO ALEGRE/RS, VITÓRIA/ES E SÃO PAULO/SP

Cesar Augusto Cavazzola Junior<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

A Lei n. 5.518/2018, que dispõe sobre normas para a *prestação do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros no Município de Passo Fundo*, estabeleceu normas para que aplicativos como o Uber e Cabify possam operar no município de forma regimental, visando buscar alternativas aos sistemas já utilizados e regulamentados na cidade. Conforme o art. 2 da Lei:

*Art. 2 – Esta lei tem por objetivo incentivar os novos modais de transporte e a mobilidade urbana no município de Passo Fundo, assegurando a livre concorrência e transparência de serviços de compartilhamento de veículos, de forma a garantir segurança e confiabilidade, conforme as diretrizes da lei federal nº 12.857, de 3 de janeiro de 2012.*

Como é possível uma lei que tenha por objetivo incentivar “os

---

<sup>1</sup> Advogado (OAB/RS 83.859). Graduado em Direito pela PUCRS (2009), MBA em Business Law pela FGV (2011) e Pós-MBA em Negociação (FGV). Mestre em Direito pela Unisinos (2015). Professor universitário. Membro da Comissão de Seleção e Inscrição da OAB/RS. Colunista e Editor da Mídia Lócus. Autor dos livros “Manual de Direito Desportivo” (EDIPRO, 2014), “Bacamarte” (Giostri, 2016) e coautor da obra “Ensino Jurídico no Brasil” (OABRS, 2017). Contato: cesar.cavazzola@gmail.com. Porto Alegre (RS), Brasil.

*novos modais de transporte e a mobilidade urbana, assegurando a livre concorrência e transparência do serviço, de forma a garantir segurança e confiabilidade”* criar uma série de proibições, taxas, multas e outras punições incentivar a atividade? Grande parte dos dispositivos foram alvos de críticas, que serão apresentadas a seguir, muitas delas por parte das empresas.

## **2. PRINCIPAIS POLÊMICAS DA LEGISLAÇÃO**

Há três pontos polêmicos que estão em pauta sobre a utilização do serviço em Passo Fundo. Não só no Município, mas outras cidades como São Paulo/SP e Vitória/ES passaram pelas mesmas críticas e discussões. Os pontos são: a) compartilhamento dos dados dos usuários com o município; b) utilização de placas de veículos de outras cidades; c) prazo de utilização dos veículos após o emplacamento.

### **2.1. LEI FEDERAL**

No dia 28/02/2018, os deputados federais aprovaram duas de três emendas do Senado ao projeto de lei que regulamenta os serviços de transporte por aplicativos como Uber, Cabify e 99 POP (Lei nº 13.640/2018). A proposta foi aprovada e sancionada; está em vigor, pois.

O documento, em síntese, alterou os seguintes tópicos em relação à legislação vigente: a) o texto final excluiu a necessidade de autorização prévia emitida pelo poder público municipal para o motorista de aplicativo nos municípios em que houver regulamentação; b) retirou a obrigatoriedade de o motorista do aplicativo ser o proprietário, fiduciante ou arrendatário do veículo, assim como a de usar placa vermelha no veículo; c) exigência de contratação de seguro de Acidentes Pessoais a Passageiros (APP) e do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres (DPVAT); d) inscrição do motorista como contribuinte individual do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Foi rejeitada a emenda que pretendia retirar dos municípios a atribuição de regulamentar a atividade e também a exclusividade de fiscalização. No entanto, continua no texto a exclusividade dos municípios para regulamentar e fiscalizar esse tipo de serviço, conforme o art. 11-A:

*Art. 11-A. Compete exclusivamente aos Municípios e ao Distrito Federal regulamentar e fiscalizar o serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros previsto no inciso X do art. 4º desta Lei no âmbito dos seus territórios.*

## **2.2. VITÓRIA/ES: A LEGISLAÇÃO CONSIDERADA MODELO**

O Decreto n. 16.770, de 29/07/2016, regulamentou o uso intensivo do viário urbano municipal para exploração de atividade econômica privada de transporte individual remunerado de passageiros de utilidade pública. A lei aprovada causou impasses iniciais com a Uber, que informou que suspenderia os serviços na cidade. Depois de negociar, foram realizadas algumas alterações que resultaram no Decreto nº 16.785/2016.

Sobre o compartilhamento de dados, antes amplos, foram reduzidos a informações do motorista e veículo utilizado quando solicitados pela prefeitura. Placas de outros municípios podem ser utilizadas. Ainda, os motoristas podem escolher entre ter um veículo de até cinco anos de uso ou possuir um seguro no valor mínimo de R\$ 100 mil por ocupante do automóvel.

## **2.3. SÃO PAULO/SP**

O Decreto n. 56.981, de 10/05/2016, regulamentou os artigos 12 e 18, I, da Lei Federal nº 12.587/2012, disciplinando o uso intensivo do viário urbano de São Paulo para exploração de atividade econômica privada de transporte individual remunerado de passageiros de utilidade pública e regulando o serviço de carona solidária e de compartilhamento de veículo sem condutor no Município.

Quanto ao compartilhamento de dados, deve ser informado (art. 4º): I – origem e destino da viagem; II – tempo de duração e

distância do trajeto; III – tempo de espera para a chegada do veículo à origem da viagem; IV – mapa do trajeto; V – itens do preço pago; VI – avaliação do serviço prestado; VII – identificação do condutor; VIII – outros dados solicitados pela Prefeitura necessários para o controle e a regulação de políticas públicas de mobilidade urbana. Ainda, a empresa deve se utilizar de mapas digitais para acompanhamento do trajeto e do tráfego em tempo real.

Além disso, deve-se operar veículo motorizado com, no máximo, 8 (oito) anos de fabricação. E, por conta de liminar, podem ser utilizados veículos com placas de outras cidades. No entanto, o tema não está definido, pois segue em discussão judicial.

#### **2.4. PORTO ALEGRE/RS**

A legislação da capital gaúcha (Lei n. 12.162/2016) é muito semelhante à legislação de Passo Fundo/RS, motivo pelo qual serão confrontadas adiante.

Em Porto Alegre, as autorizatárias do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros ficam obrigadas a abrir e compartilhar com o município de Porto Alegre, em tempo real e por intermédio da EPTC, os dados necessários ao controle e à regulação de políticas públicas de mobilidade urbana, garantida a privacidade e a confidencialidade dos dados pessoais dos usuários (art. 3º).

Os dados devem conter, no mínimo: I – origem e destino da viagem; II – tempo e distância da viagem; III – mapa do trajeto da viagem; IV – identificação do condutor que prestou o serviço; V – composição do valor pago pelo serviço prestado; VI – avaliação, pelo usuário, do serviço prestado.

Para o cadastramento nas autorizatárias do serviço, os veículos devem possuir, no máximo, 6 (seis) anos de utilização, contados da data de seu emplacamento (que deve ser do município de Porto Alegre).

#### **2.5. PASSO FUNDO/RS**

A Lei n. 5.318/2018 foi responsável por regulamentar a matéria.

Quanto às autorizatárias, estas ficam obrigadas a abrir e compartilhar com o município de Passo Fundo, em **tempo real** e por intermédio da Secretaria Municipal de Segurança Pública, os dados necessários ao controle e à regulação de políticas públicas de mobilidade urbana, garantida a privacidade e a confidencialidade dos dados pessoais dos usuários (art. 5º). Os dados devem conter, no mínimo: I – origem e destino da viagem; II – tempo e distância da viagem; III – mapa do trajeto da viagem; IV – identificação do condutor que prestou o serviço; V – composição do valor pago pelo serviço prestado; VI – avaliação, pelo usuário, do serviço prestado.

Para o cadastramento nas autorizatárias, os veículos deverão possuir, comprovadamente, seguro que cubra acidentes de passageiros e danos a terceiros e possuir, no máximo, 5 (cinco) anos de utilização, contados da data de seu emplacamento. Além disso, deve estar emplacado no município de Passo Fundo.

**Tabela 1 – Quadro comparativo entre as cidades dos pontos principais**

	Vitória	São Paulo	Porto Alegre	Passo Fundo
Exigência de compartilhamento de dados	Sim, mas limitadas a: informações do motorista da empresa, como habilitação e endereço, além de detalhes sobre o veículo utilizado para o serviço, apenas quando houver solicitação da prefeitura.	Sim	Sim	Sim
Dados em tempo real	Não	Sim	Sim	Sim
Tempo de utilização	No máximo, 05 (cinco) anos de fabricação ou seguro.	Até oito anos	Até seis anos	Até cinco anos
Placa				

## 2. COMPARAÇÃO ENTRE A LEGISLAÇÃO DAS CIDADES DE PORTO ALEGRE E PASSO FUNDO QUE DISPÕE SOBRE O SISTEMA DE TRANSPORTE MOTORIZADO PRIVADO E REMUNERADO DE PASSAGEIROS<sup>2</sup>

Legislação de Passo Fundo (Lei n. 5.318/2018)	Legislação de Porto Alegre (Lei n. 12.162/2016)	Explicação, síntese do que trata cada artigo e pontos polêmicos.
<p><b>Art. 1º</b> Ficam estabelecidas, nos termos desta Lei, normas para a prestação do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros no Município de Passo Fundo.</p> <p>Parágrafo único. Considera-se serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros aquele realizado em viagem individualizada, executado por automóvel particular com capacidade para até 6 (seis) pessoas, inclusive o condutor, e por motocicleta, e solicitado exclusivamente por meio de plataforma tecnológica.</p>	<p><b>Art. 1º</b> Ficam estabelecidas, nos termos desta Lei, normas para a prestação do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros no Município de Porto Alegre.</p> <p>Parágrafo único. Considera-se serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros aquele realizado em viagem individualizada, executado por automóvel particular com capacidade para até 6 (seis) pessoas, exclusive o condutor, e solicitado exclusivamente por meio de plataforma tecnológica.</p>	<p><b>A que faz a lei referência:</b> normas para a prestação do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros.</p> <p><b>Definição</b> de “serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros”.</p> <p><b>Requisitos:</b> Viagem individualizada; Automóvel particular com capacidade para até seis pessoas; Solicitado por plataforma tecnológica.</p> <p><b>Ponto crítico:</b> Desde já, a Lei estabelece um limite máximo de passageiros que poderão utilizar o mesmo veículo. Uma modalidade do Uber chamada Uber-SUV oferece este tipo de transporte em utilitários de grande porte.</p>

2 As duas legislações foram inseridas integralmente. No entanto, por conta das limitações de espaço, alguns artigos foram suprimidos. Foram os seguintes: Ementas e Data da publicação de ambas as leis, além dos arts. 23-34 da Lei de Porto Alegre.

<p><b>Art. 2º</b> Esta lei tem por objetivo incentivar os novos modais de transporte e a mobilidade urbana no município de Passo Fundo, assegurando a livre concorrência e transparência de serviços de compartilhamento de veículos, de forma a garantir segurança e confiabilidade, conforme as diretrizes da lei federal nº 12.857, de 3 de janeiro de 2012.</p>		<p><b>Objetivos:</b> Incentivar os novos modais de transporte; mobilidade urbana; livre concorrência; transparência.</p>
<p><b>Art. 3º</b> Para os fins desta lei entende-se por:</p> <p>I – Veículo: meio de transporte motorizado usado pelo motorista parceiro podendo ser proprietário, arrendado, ou de alguma maneira autorizado pelo proprietário para ser usado, inclusive veículos com registro e emplacamento na categoria aluguel.</p> <p>II – Motocicleta: veículo automotor de duas rodas, com ou sem side-car, dirigido por condutor em posição montada, usado pelo motorista parceiro, podendo ser próprio, arrendado, ou de alguma maneira autorizado pelo proprietário para ser usado, desde que não seja um táxi ou qualquer outro meio definido por lei como sendo de transporte público individual;</p> <p>III – Motorista Parceiro: motorista que se utiliza de plataforma tecnológica por meio de Provedor de Rede de Compartilhamento (PRC) para prestar serviço de transporte individual privado de passageiros, de forma autônoma e independente.</p>		<p><b>Definição</b> dos principais termos que aparecem na lei.</p>

<p>IV – Rede Digital ou Plataforma Tecnológica: qualquer plataforma tecnológica substanciada em aplicativo online, software, website ou outro sistema que facilita/ possibilita, organiza e operacionaliza o contato entre o Motorista Parceiro e o Usuário do serviço de transporte individual privado de passageiros;</p> <p>V – Compartilhamento: disponibilização voluntária de Veículo pelo Motorista Parceiro para prestação do serviço de transporte individual privado mediante remuneração pelo passageiro, por meio de Plataforma Tecnológica fornecida pelo Provedor de Rede de Compartilhamento;</p> <p>VI – Provedor de Rede de Compartilhamento ou PRC: empresa, organização ou grupo prestador de serviço de tecnologia que, operando através de plataforma tecnológica, fornece conjunto de funcionalidades acessível por meio de terminal conectado à internet, que facilita, organiza e operacionaliza o contato entre Motorista Parceiro e Usuário de serviço de transporte individual privado de passageiros mediante Compartilhamento de Veículo. O PRC não controla, gerencia ou administra Veículos ou Motoristas-Parceiros que se conectam a uma Plataforma Tecnológica.</p>		<p><b>Definição</b> dos principais termos que aparecem na lei.</p>
--	--	--

<p><b>Art. 4º</b> A exploração do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros dependerá de autorização do Município de Passo Fundo, concedida por intermédio da Secretaria Municipal de Segurança Pública a pessoas jurídicas operadoras de plataforma tecnológica, conforme critérios de credenciamento fixados nesta Lei e em seu regulamento.</p> <p>Parágrafo único. A autorização do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros é restrita às operadoras de tecnologia responsáveis pela sua disponibilização.</p>	<p><b>Art. 2º</b> A exploração do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros dependerá de autorização do Município de Porto Alegre, concedida por intermédio da Empresa Pública de Transporte e Circulação (EPTC) a pessoas jurídicas operadoras de plataforma tecnológica, conforme critérios de credenciamento fixados nesta Lei e em seu regulamento.</p> <p>Parágrafo único. A autorização do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros é restrita às operadoras de tecnologia responsáveis pela sua disponibilização.</p>	<p>Autorização para exploração do serviço – restrita às operadoras de tecnologia.</p> <p><b>Ponto polêmico:</b></p> <p>Em tempos de fomento à livre iniciativa, a autorização realizada em órgão público não traria prejuízo imediato ao desenvolvimento das atividades? Dependendo do procedimento, muito provavelmente que sim.</p>
<p><b>Art. 5º</b> As autorizatárias do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros ficam obrigadas a abrir e compartilhar com o Município de Passo Fundo, em tempo real e por intermédio da Secretaria Municipal de Segurança Pública, os dados necessários ao controle e à regulação de políticas públicas de mobilidade urbana, garantida a privacidade e a confidencialidade dos dados pessoais dos usuários.</p> <p>Parágrafo único. Os dados referidos no caput deste artigo devem conter, no mínimo:</p> <p>I – origem e destino da viagem;</p>	<p><b>Art. 3º</b> As autorizatárias do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros ficam obrigadas a abrir e compartilhar com o Município de Porto Alegre, em tempo real e por intermédio da EPTC, os dados necessários ao controle e à regulação de políticas públicas de mobilidade urbana, garantida a privacidade e a confidencialidade dos dados pessoais dos usuários.</p> <p>Parágrafo único. Os dados referidos no caput deste artigo devem conter, no mínimo:</p> <p>I – origem e destino da viagem;</p>	<p>Compartilhamento de dados.</p> <p><b>Ponto polêmico:</b></p> <p>Nenhum serviço digital (Uber, Facebook ou Google) disponibiliza informações sobre a sua base de dados, isso porque fere o sigilo de informações entre empresa e cliente. As empresas saem, muitas vezes, da cidade ou do país antes de respeitar uma lei dessa natureza. Além disso, a aplicabilidade da lei é inconstante: a prefeitura de Passo Fundo atualmente mal consegue manter a estabilidade do site da Câmara de Vereadores e do sistema de geração de nota fiscal eletrônica para empresas, sistemas frequentemente indisponíveis.</p>

<p>II – tempo e distância da viagem;</p> <p>III – mapa do trajeto da viagem;</p> <p>IV – identificação do condutor que prestou o serviço;</p> <p>V – composição do valor pago pelo serviço prestado;</p> <p>VI – avaliação, pelo usuário, do serviço prestado; e</p> <p>VII – demais dados solicitados pela Secretaria Municipal de Segurança Pública, em harmonia com o disposto no caput deste artigo.</p>	<p>II – tempo e distância da viagem;</p> <p>III – mapa do trajeto da viagem;</p> <p>IV – identificação do condutor que prestou o serviço;</p> <p>V – composição do valor pago pelo serviço prestado;</p> <p>VI – avaliação, pelo usuário, do serviço prestado; e</p> <p>VII – outros dados solicitados pelo EPTC, em harmonia com o disposto no caput deste artigo.</p>	
<p><b>Art. 6º</b> Para fins de tributação, os Provedores de Redes de Compartilhamento (PRC) serão enquadrados como prestadores de serviço, devendo recolher Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN).</p>	<p><b>Art. 38</b> O serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros sujeitar-se-á ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS), nos termos da legislação aplicável, sem prejuízo da incidência de outros tributos aplicáveis.</p> <p>Parágrafo único. As autorizatárias do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros ficam obrigadas a entregar à Receita Municipal, mensalmente e nos termos de regulamentação, as informações sobre os valores recebidos pela prestação do serviço no Município de Porto Alegre.</p>	<p>Tributação.</p>
<p><b>Art. 7º</b> Fica instituída a Taxa de Gerenciamento Operacional (TGO), contrapartida obrigatória da</p>	<p><b>Art. 4º</b> Fica instituída a Taxa de Gerenciamento Operacional (TGO), contrapartida obrigatória da pessoa jurídica</p>	<p>Taxa de Gerenciamento Operacional.</p> <p><b>Ponto polêmico:</b> Faz-se necessária outra taxa para</p>

<p>pessoa jurídica autorizatória do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros, no valor mensal equivalente a 20 (vinte) Unidades Financeiras Municipais (UFMs) por veículo cadastrado para operar no Município de Passo Fundo.</p> <p>§ 1º Constitui fato gerador da TGO o exercício do poder de polícia administrativo pela Secretaria Municipal de Segurança Pública, relacionado à autorização e à fiscalização operacional do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros.</p> <p>§ 2º Considera-se sujeito passivo da TGO a pessoa jurídica autorizatória do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros.</p> <p>§ 3º A TGO deverá ser recolhida mensalmente, em favor da Secretaria Municipal de Segurança Pública, na condição de gestora da mobilidade urbana do Município de Passo Fundo e fiscal do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros.</p> <p>§ 4º O prazo para o recolhimento da TGO é até o décimo dia do mês imediatamente posterior ao mês de referência.</p>	<p>autorizatória do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros, no valor mensal equivalente a 20 (vinte) Unidades Financeiras Municipais (UFMs) por veículo cadastrado para operar no Município de Porto Alegre.</p> <p>§ 1º Constitui fato gerador da TGO o exercício do poder de polícia administrativo pela EPTC, relacionado à autorização e à fiscalização operacional do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros.</p> <p>§ 2º Considera-se sujeito passivo da TGO a pessoa jurídica autorizatória do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros.</p> <p>§ 3º A TGO deverá ser recolhida mensalmente, em favor da EPTC, na condição de gestora da mobilidade urbana do Município de Porto Alegre e fiscal do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros.</p> <p>§ 4º O prazo para o recolhimento da TGO é até o décimo dia do mês imediatamente posterior ao mês de referência.</p> <p>§ 5º Do montante recolhido com a TGO, 25% (vinte e cinco por cento) será revertido para fundo de educação no trânsito a ser criado.</p>	<p>Taxa de Gerenciamento Operacional.</p> <p><b>Ponto polêmico:</b> Faz-se necessária outra taxa para operação? Além da burocracia, o custo operacional da empresa aumenta, acarretando em aumento do preço do serviço – que, obviamente, recai sobre os consumidores.</p> <p>O legislador provavelmente imagina que essa regulação poderá aumentar o custo operacional da própria prefeitura – e não está errado. Mas a solução para isso é diminuir a regulação, e não jogar o custo para a empresa ou para o cliente.</p>
---	--	--

<p><b>Art. 8º</b> Compete às autorizatárias do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros:</p> <p>I – organizar a atividade e o serviço prestado pelos condutores dos veículos cadastrados;</p> <p>II – intermediar a conexão entre os usuários e os condutores, mediante adoção de plataforma tecnológica;</p> <p>III – cadastrar os veículos e seus condutores para a prestação do serviço, atendidos os requisitos mínimos de segurança, conforto, higiene e qualidade;</p> <p>IV – fixar o valor correspondente ao serviço prestado ao usuário;</p> <p>V – disponibilizar meios eletrônicos para o pagamento, pelos usuários, do serviço prestado;</p> <p>VI – disponibilizar ao usuário, antes do início da viagem, informações sobre a forma de cálculo do valor final do serviço que lhe permitam estimar esse valor;</p> <p>VII – manter canal de atendimento ao usuário e ao Serviço de Proteção e Defesa dos Direitos do Consumidor (Procon), com funcionamento 24 (vinte e quatro) horas;</p> <p>VIII – possuir sede ou filial no Município de Passo Fundo;</p>	<p><b>Art. 5º</b> Compete às autorizatárias do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros:</p> <p>I – organizar a atividade e o serviço prestado pelos condutores dos veículos cadastrados;</p> <p>II – intermediar a conexão entre os usuários e os condutores, mediante adoção de plataforma tecnológica;</p> <p>III – cadastrar os veículos e seus condutores para a prestação do serviço, atendidos os requisitos mínimos de segurança, conforto, higiene e qualidade;</p> <p>IV – fixar o valor correspondente ao serviço prestado ao usuário;</p> <p>V – disponibilizar meios eletrônicos para o pagamento, pelos usuários, do serviço prestado;</p> <p>VI – disponibilizar ao usuário, antes do início da viagem, informações sobre a forma de cálculo do valor final do serviço que lhe permitam estimar esse valor;</p> <p>VII – manter canal de atendimento ao usuário e ao Serviço de Proteção e Defesa dos Direitos do Consumidor (Procon/PMPA), com funcionamento 24 (vinte e quatro) horas;</p>	<p><b>Pontos críticos:</b></p> <p>A lei obriga que qualquer empresa que concorra nessa categoria assuma muitas funções – o que, na prática, elas já fazem. No entanto, para a entrada de novas, de menor expressão econômica, provavelmente seria inviável.</p> <p>Quanto à sede, muitas empresas de tecnologia como Google e Facebook operam com uma única filial no país. É, portanto, desnecessário e custoso ter uma em cada cidade.</p> <p>Exigir do motorista cadastramento de documentação do seu histórico pessoal e profissional e do cumprimento dos requisitos legais para o exercício da função já é corrente nas empresas, que prezam pelo bom serviço.</p> <p>Apresentar, como e quando a Secretaria de Finanças quiser, a relação de veículos, de seus proprietários e de condutores cadastrados para prestar o serviço é mais burocracia e relação com órgãos estatais que inviabilizam as decisões urgentes e tão necessárias no dia-a-dia de qualquer empresário.</p> <p>Proibir o uso do mesmo veículo por dois condutores inviabiliza o trabalho daqueles que não possuem veículo.</p>
--	---	--

<p>IX – exigir, como requisito para a prestação do serviço, que os condutores apresentem, previamente ao seu cadastramento, documentação comprobatória de seu histórico pessoal e profissional e do cumprimento dos requisitos legais para o exercício da função; e</p> <p>X – apresentar, na forma, periodicidade e prazo definidos pela Secretaria de Finanças do município, a relação de veículos e seus proprietários e de condutores cadastrados para prestar o serviço.</p> <p>§ 1º Além do disposto no caput deste artigo, são requisitos mínimos para a prestação do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros:</p> <p>I – utilização de mapas digitais para acompanhamento do trajeto e do tráfego em tempo real;</p> <p>II – avaliação da qualidade do serviço, efetuada pelo usuário por meio da plataforma tecnológica;</p> <p>III – disponibilização tecnológica ao usuário da identificação do condutor, por meio de foto, e do veículo, por meio do modelo e do número da placa;</p> <p>IV – disponibilização de veículos com condições para transporte de usuário cadeirante; e</p>	<p>VIII – possuir sede ou filial no Município de Porto Alegre;</p> <p>IX – exigir, como requisito para a prestação do serviço, que os condutores apresentem, previamente ao seu cadastramento, documentação comprobatória de seu histórico pessoal e profissional e do cumprimento dos requisitos legais para o exercício da função; e</p> <p>X – apresentar, na forma, periodicidade e prazo definidos pela Receita Municipal, a relação de veículos e seus proprietários e de condutores cadastrados para prestar o serviço.</p> <p>§ 1º Além do disposto no caput deste artigo, são requisitos mínimos para a prestação do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros:</p> <p>I – utilização de mapas digitais para acompanhamento do trajeto e do tráfego em tempo real;</p> <p>II – avaliação da qualidade do serviço, efetuada pelo usuário por meio da plataforma tecnológica;</p> <p>III – disponibilização tecnológica ao usuário da identificação do condutor, por meio de foto, e do veículo, por meio do modelo e do número da placa; e</p> <p>IV – VETADO.</p> <p>V – VETADO.</p>	
--	--	--

<p>V – emissão de recibo eletrônico para o usuário, contendo as seguintes informações:</p> <p>a) origem e destino da viagem;</p> <p>b) tempo total e distância da viagem;</p> <p>c) mapa do trajeto percorrido conforme sistema de georreferenciamento; e</p> <p>d) composição do valor pago pelo serviço.</p> <p>§ 2º A emissão de recibo eletrônico prevista no inciso V do parágrafo 1º deste artigo não elide outras obrigações acessórias de natureza tributária previstas em legislação própria.</p> <p>§ 3º É vedada a condução de veículo cadastrado para prestar o serviço de transporte individual privado remunerado de passageiros por pessoa diferente daquela que o cadastrou.</p> <p>§ 4º É vedado o cadastramento de um mesmo veículo para prestar o serviço de transporte individual privado remunerado de passageiros, por mais de um condutor.</p>	<p>VI – disponibilização de veículos com condições para transporte de usuário cadeirante; e</p> <p>VII – emissão de recibo eletrônico para o usuário, contendo as seguintes informações:</p> <p>a) origem e destino da viagem;</p> <p>b) tempo total e distância da viagem;</p> <p>c) mapa do trajeto percorrido conforme sistema de georreferenciamento; e</p> <p>d) composição do valor pago pelo serviço.</p> <p>§ 2º A emissão de recibo eletrônico prevista no inc. VII do § 1º deste artigo não elide outras obrigações acessórias de natureza tributária previstas em legislação própria.</p> <p>§ 3º Não sendo possível a acomodação de cadeira de rodas no porta-malas, o condutor de veículo cadastrado para prestar o serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros deverá acomodá-la no banco traseiro do veículo, ficando proibido de recusar a viagem.</p>	
<p><b>Art. 9º</b> O Provedor de Rede de Compartilhamento (PRC) e os Motoristas Parceiros devem:</p> <p>I – disponibilizar veículos com condições para transporte de usuário cadeirante.</p>		<p>Cadeirantes.</p> <p>Acomodação de animais de serviço.</p>

<p>§ 1º Não sendo possível a acomodação de cadeira de rodas no porta-malas, o condutor do veículo cadastrado para prestar o serviço de transporte individual privado, deverá acomodá-la no banco traseiro do veículo, ficando proibido de recusar a viagem.</p> <p>II – observar toda e quaisquer leis aplicáveis à matéria relacionada a acomodação de animais de serviço (cães-guia).</p>		
<p><b>Art. 10º</b> Fica facultada às autorizatárias dos serviços de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros a instalação de sistema de áudio e vídeo nos veículos cadastrados, para gravação durante todo o percurso da viagem, com armazenamento das informações à distância, permitindo a sua disponibilização aos órgãos policiais e fiscalizadores, se necessário.</p> <p>§ 1º O custo da instalação referida no caput deste artigo não poderá ser repassado aos usuários ou ao Município de Passo Fundo.</p> <p>§ 2º Na solicitação do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros, os usuários devem ser informados sobre a existência da instalação referida no caput deste artigo.</p>	<p><b>Art. 6º</b> Fica facultada às autorizatárias dos serviços de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros a instalação de sistema de áudio e vídeo nos veículos cadastrados, para gravação durante todo o percurso da viagem, com armazenamento das informações a distância, permitindo a sua disponibilização aos órgãos policiais e fiscalizadores, se necessário.</p> <p>§ 1º O custo da instalação referida no caput deste artigo não poderá ser repassado aos usuários ou ao Município de Porto Alegre.</p> <p>§ 2º Na solicitação do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros, os usuários devem ser informados sobre a existência da instalação referida no caput deste artigo.</p>	<p>Instalação de sistema de áudio e vídeo.</p> <p><b>Ponto crítico:</b> se é facultativo, faz-se realmente necessário estar expresso na Lei? Se for o caso de segurança, isso não é decisão do legislador.</p> <p>Dever de informar.</p>

<p><b>Art. 11</b> As solicitações e as demandas do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros deverão ser realizadas, exclusivamente, por meio de plataforma tecnológica registrada na Secretaria Municipal de Segurança Pública.</p> <p>Parágrafo único. Poderá ser disponibilizado pelas autorizatárias do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros sistema de divisão de viagens entre chamadas de usuários distintos, cujos destinos possuam trajetos compatíveis, dentro da capacidade permitida de ocupação dos veículos.</p>	<p><b>Art. 7º</b> As solicitações e as demandas do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros deverão ser realizadas, exclusivamente, por meio de plataforma tecnológica registrada na EPTC.</p> <p>Parágrafo único. Poderá ser disponibilizado pelas autorizatárias do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros sistema de divisão de viagens entre chamadas de usuários distintos, cujos destinos possuam trajetos compatíveis, dentro da capacidade permitida de ocupação dos veículos.</p>	<p>Solicitações somente por meio de plataforma tecnológica.</p>
<p><b>Art. 12</b> Fica vedado o embarque de usuários, diretamente em vias públicas, em veículo cadastrado para prestar o serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros que não tenha sido requisitado previamente por meio de plataforma tecnológica.</p>	<p><b>Art. 8º</b> Fica vedado o embarque de usuários, diretamente em vias públicas, em veículo cadastrado para prestar o serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros que não tenha sido requisitado previamente por meio de plataforma tecnológica.</p>	<p>Obrigatoriedade de requisitar o transporte pela plataforma tecnológica.</p>
<p><b>Art. 13</b> O pagamento, pelo usuário, do valor correspondente ao serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros prestado deverá ser executado por meio dos provedores da plataforma tecnológica ou diretamente ao motorista parceiro.</p>	<p><b>Art. 9º</b> O pagamento, pelo usuário, do valor correspondente ao serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros prestado deverá ser executado exclusivamente por meio dos provedores da plataforma tecnológica.</p>	

<p>Parágrafo único. As autorizatárias do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros deverão disponibilizar aos usuários um mecanismo claro e transparente de processamento de pagamentos, possibilitando-lhes o acesso posterior a todas as informações referentes à transação econômica e ao serviço prestado.</p>	<p>Parágrafo único. As autorizatárias do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros deverão disponibilizar aos usuários um mecanismo claro e transparente de processamento de pagamentos, possibilitando-lhes o acesso posterior a todas as informações referentes à transação econômica e ao serviço prestado.</p>	<p><b>Pagamento:</b> Um ponto sobre o qual as duas leis divergem.</p>
<p><b>Art. 14</b> A Secretaria Municipal de Segurança Pública efetuará o acompanhamento, o desenvolvimento e a deliberação de normas e políticas públicas estabelecidas desta Lei, competindo-lhe, sem prejuízo de outras obrigações ora não referidas:</p> <p>I – manter atualizados os parâmetros de exigência para a concessão de autorização do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros e para o credenciamento de veículos e seus condutores;</p> <p>II – receber representações de casos de abuso de poder de mercado e encaminhá-las aos órgãos competentes; e</p> <p>III – acompanhar, monitorar, medir e avaliar a eficiência da política regulatória estabelecida nesta Lei, mediante indicadores de desempenho operacionais, financeiros, ambientais e tecnológicos tecnicamente definidos</p>	<p><b>Art. 10</b> A EPTC efetuará o acompanhamento, o desenvolvimento e a deliberação de normas e políticas públicas estabelecidas desta Lei, competindo-lhe, sem prejuízo de outras obrigações ora não referidas:</p> <p>I – manter atualizados os parâmetros de exigência para a concessão de autorização do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros e para o credenciamento de veículos e seus condutores;</p> <p>II – receber representações de casos de abuso de poder de mercado e encaminhá-las aos órgãos competentes; e</p> <p>III – acompanhar, monitorar, medir e avaliar a eficiência da política regulatória estabelecida nesta Lei, mediante indicadores de desempenho operacionais, financeiros, ambientais e tecnológicos tecnicamente definidos.</p>	<p>Órgão público responsável pelo controle e acompanhamento.</p>

<p>Art. 15 A responsabilidade pela condução do veículo e prestação do serviço de transporte individual privado é solidária, cabendo ao Motorista Parceiro e ao Provedor de Rede de Compartilhamento (PRC) garantir a aplicação desta lei, sendo, ambos, responsáveis pela segurança, conforto, higiene e qualidade das viagens.</p>		<p>Responsabilidade solidária entre motorista e provedor.</p>
<p><b>Art. 16</b> Para o cadastramento nas autorizatárias do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros deverão ser cumpridos os seguintes requisitos:</p> <p>I – pelos condutores de veículos:</p> <p>a) possuir Carteira Nacional de Habilitação (CNH) válida, na categoria correspondente ao veículo a ser cadastrado e com a observação de que exerce atividade remunerada (EAR);</p> <p>b) comprovar a aprovação em curso de formação, com conteúdo mínimo a ser definido pelo Município de Passo Fundo;</p> <p>c) apresentar certidões negativas criminais, conforme o disposto no § 1º deste artigo; e</p> <p>d) assumir compromisso de prestação do serviço única e exclusivamente por meio de plataformas tecnológicas;</p> <p>II – pelos veículos:</p>	<p><b>Art. 11</b> Para o cadastramento nas autorizatárias do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros, deverão ser cumpridos os seguintes requisitos:</p> <p>I – pelos condutores de veículos:</p> <p>a) possuir Carteira Nacional de Habilitação (CNH) válida, na categoria correspondente ao veículo a ser cadastrado e com a observação de que exerce atividade remunerada (EAR);</p> <p>b) comprovar a aprovação em curso de formação, com conteúdo mínimo a ser definido pelo Município de Porto Alegre;</p> <p>c) apresentar certidões negativas criminais, conforme o disposto no § 1º deste artigo; e</p> <p>d) assumir compromisso de prestação do serviço única e exclusivamente por meio de plataformas tecnológicas;</p> <p>II – pelos veículos:</p> <p>a) possuir, comprovadamente, seguro que cubra</p>	<p>Requisitos para cadastramento:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- pelos <b>condutores</b>;</li> <li>- pelos <b>veículos</b>.</li> </ul> <p><b>Ponto crítico:</b> Já existe seguro obrigatório por carro. Isto irá tornar mais cara a operação para o motorista, talvez inviabilizando o serviço. Em várias cidades o Uber existe e funciona. No entanto, os motoristas não aderem porque é inviável economicamente em função dos custos.</p> <p>Tempo de utilização. Emplacamento.</p> <p><b>Pontos críticos:</b></p> <p>Quem tem o maior interesse em garantir a qualidade dos veículos para os passageiros? As empresas ou os vereadores e a Prefeitura? A Uber, assim como outras empresas, descadastra condutores com veículos antigos e aumenta o preço da corrida para veículos novos.</p>

<p>a) possuir, comprovadamente, seguro que cubra acidentes de passageiros e danos a terceiros;</p> <p>b) possuir, no máximo, 5 (cinco) anos de utilização, contados da data de seu emplacamento;</p> <p>c) estar emplacado no Município de Passo Fundo; e</p> <p>d) ser aprovado em vistoria realizada pela Secretaria Municipal de Segurança Pública.</p> <p>§ 1º A função de condutor de veículo cadastrado para prestar o serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros fica condicionada à inexistência de condenação ou antecedente por crimes, consumados ou tentados, contra a vida, contra a fé pública, contra a administração, contra a dignidade sexual, hediondos, de roubo, de furto, de estelionato, de receptação, de quadrilha ou bando, de sequestro, de extorsão, de trânsito ou pelos previstos na legislação alusiva à repressão à produção não autorizada ou ao tráfico ilícito de drogas, ao registro, à posse e à comercialização de armas de fogo e munição ou à coibição da violência doméstica e familiar contra a mulher.</p>	<p>acidentes de passageiros (APP) e danos a terceiros (RCF-V);</p> <p>b) possuir, no máximo, 6 (seis) anos de utilização, contados da data de seu emplacamento;</p> <p>c) estar emplacado no Município de Porto Alegre; e</p> <p>d) ser aprovado em vistoria realizada pela EPTC.</p> <p>§ 1º A função de condutor de veículo cadastrado para prestar o serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros fica condicionada à inexistência de condenação ou antecedente por crimes, consumados ou tentados, contra a vida, contra a fé pública, contra a administração, contra a dignidade sexual, hediondos, de roubo, de furto, de estelionato, de receptação, de quadrilha ou bando, de sequestro, de extorsão, de trânsito ou pelos previstos na legislação alusiva à repressão à produção não autorizada ou ao tráfico ilícito de drogas, ao registro, à posse e à comercialização de armas de fogo e munição ou à coibição da violência doméstica e familiar contra a mulher.</p> <p>§ 2º É vedado o exercício da função de condutor de veículo cadastrado para prestar o serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros àqueles que mantenham vínculo com</p>	<p>Quanto ao emplacamento, torna mais cara a operação ao proibir que um morador de outra cidade próxima trabalhe em Passo Fundo, por exemplo.</p> <p>Vistoria.</p> <p>Certidão negativa.</p>
---	---	--

<p>§ 2º É vedado o exercício da função de condutor de veículo cadastrado para prestar o serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros àqueles que mantenham vínculo com a Secretaria Municipal de Segurança Pública ou que possuam, na Administração Pública Direta ou Indireta de quaisquer dos entes federativos, cargos ou funções incompatíveis com o referido serviço.</p> <p>§ 3º A inobservância de quaisquer dos requisitos para o cadastramento de condutores e de veículos para prestar o serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros acarretará às suas autorizatárias e aos condutores dos veículos a aplicação, isolada ou conjuntamente, das penalidades previstas nesta Lei e especificadas em decreto, conforme o caso, sem prejuízo de outras previstas na Lei Federal nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro (CTB) -, e alterações posteriores, e da aplicação de sanções por outros órgãos do Município de Passo Fundo.</p>	<p>a EPTC ou que possuam, na Administração Pública Direta ou Indireta de quaisquer dos entes federativos, cargos ou funções incompatíveis com o referido serviço.</p> <p>§ 3º É vedado aos condutores e aos proprietários dos veículos cadastrados para prestar o serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros, bem como às suas autorizatárias e aos sócios dessas, deter autorização, permissão ou concessão de serviço público de quaisquer dos entes federativos.</p> <p>§ 4º É vedada a condução de veículo cadastrado para prestar o serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros por pessoa diferente daquela que cadastrá-lo.</p> <p>§ 5º VETADO.</p> <p>§ 6º A inobservância de quaisquer dos requisitos para o cadastramento de condutores e de veículos para prestar o serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros acarretará às suas autorizatárias e aos condutores dos veículos a aplicação, isolada ou conjuntamente, das penalidades previstas nesta Lei e especificadas em decreto, conforme o caso, sem prejuízo de outras previstas na Lei Federal nº 9.503, de 23 de setembro</p>	
---	--	--

	de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro (CTB) -, e alterações posteriores, e da aplicação de sanções por outros órgãos do Município de Porto Alegre.	
<b>Art. 17</b> É garantido ao consumidor o direito ao cancelamento gratuito do veículo no prazo de até 05 (cinco) minutos contado da solicitação do motorista parceiro por meio da PRC.		Cancelamento da solicitação.
<p><b>Art. 18</b> Para fins de validação, o cadastramento de veículos e de seus condutores efetuado pelas autorizatárias do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros na forma do art. 16 desta Lei deverá ser submetido à Secretaria Municipal de Segurança Pública.</p> <p>§ 1º Por ocasião da validação referida no caput deste artigo, a Secretaria Municipal de Segurança Pública avaliará o cumprimento do disposto nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 16 desta Lei.</p> <p>§ 2º Constatado, a qualquer tempo, o não preenchimento de requisito por veículo ou condutor para prestar o serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros, a sua autorizatária será comunicada para adoção das medidas cabíveis à imediata cessação da prestação do serviço pelo condutor ou veículo.</p>	<p><b>Art. 13</b> Para fins de validação, o cadastramento de veículos e de seus condutores efetuado pelas autorizatárias do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros na forma do art. 11 desta Lei deverá ser submetido à EPTC.</p> <p>§ 1º Por ocasião da validação referida no caput deste artigo, a EPTC avaliará o cumprimento do disposto nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 11 desta Lei.</p> <p>§ 2º Constatado, a qualquer tempo, o não preenchimento de requisito por veículo ou condutor para prestar o serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros, a sua autorizatária será comunicada para adoção das medidas cabíveis à imediata cessação da prestação do serviço pelo condutor ou veículo.</p>	Cadastramento de veículos e condutores.

<p><b>Art. 19</b> Havendo descredenciamento de condutores de veículos, ficam as autorizatárias do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros obrigadas a indicar o que o motivou.</p>	<p><b>Art. 14</b> Havendo descredenciamento de condutores de veículos, ficam as autorizatárias do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros obrigadas a indicar o que o motivou.</p>	<p>Descredenciamento de condutores e dever de informar.</p>
	<p><b>Art. 15</b> Os veículos cadastrados para a prestação do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros serão submetidos a 1 (uma) única vistoria anual. (Artigo promulgado pela câmara em 13/03/2017.)</p>	<p>Vistoria dos veículos.</p>
<p><b>Art. 20</b> Os PRCs deverão garantir o registro de todos os trajetos realizados pelos usuários, durante o período de, pelo menos, 01 (um) ano da data de cada trajeto realizado.</p> <p>Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo aplicar-se-á também aos trajetos realizados pelos motoristas, durante o período de, pelo menos, 01 (um) ano da data de cessação do cadastro deste a uma Rede Digital.</p>		<p>Registro dos trajetos.</p>
<p><b>Art. 21</b> A identidade visual dos veículos cadastrados para prestar o serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros consistirá de elementos discretos de reconhecimento do serviço, nos termos da regulamentação desta Lei.</p>	<p><b>Art. 16</b> A identidade visual dos veículos cadastrados para prestar o serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros consistirá de elementos discretos de reconhecimento do serviço, nos termos da regulamentação desta Lei.</p>	<p>Identidade visual dos veículos.</p>

<p><b>Art. 22</b> Compete às autorizatárias do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros, no âmbito do cadastramento de veículos e de seus condutores, sem prejuízo de outras obrigações ora não referidas:</p> <p>I – registrar e gerir as informações prestadas pelos condutores, bem como assegurar a sua veracidade e a conformidade com os requisitos estabelecidos; e</p> <p>II – credenciar-se no Município de Passo Fundo e com esse compartilhar seus dados, conforme regulamentação expedida nos termos desta Lei.</p>	<p><b>Art. 17</b> Compete às autorizatárias do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros, no âmbito do cadastramento de veículos e de seus condutores, sem prejuízo de outras obrigações ora não referidas:</p> <p>I – registrar e gerir as informações prestadas pelos condutores, bem como assegurar a sua veracidade e a conformidade com os requisitos estabelecidos; e</p> <p>II – credenciar-se no Município de Porto Alegre e com esse compartilhar seus dados, conforme regulamentação expedida nos termos desta Lei.</p>	<p>Deveres e obrigações das autorizatárias.</p>
<p><b>Art. 23</b> As ações ou as omissões ocorridas no curso da autorização, bem como a prestação do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros em desacordo com a legislação vigente ou os princípios que norteiam os serviços públicos, acarretam a aplicação, isolada ou conjuntamente, das penalidades previstas nesta Lei e especificadas em decreto, sem prejuízo de outras previstas no Código de Trânsito Brasileiro (CTB) e na legislação em vigor.</p> <p>§ 1º O poder de polícia administrativa em matéria do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros será exercido pela Secretaria de</p>	<p><b>Art. 18</b> As ações ou as omissões ocorridas no curso da autorização, bem como a prestação do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros em desacordo com a legislação vigente ou os princípios que norteiam os serviços públicos, acarretam a aplicação, isolada ou conjuntamente, das penalidades previstas nesta Lei e especificadas em decreto, sem prejuízo de outras previstas no CTB e na legislação em vigor.</p> <p>§ 1º O poder de polícia administrativa em matéria do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros será exercido pela EPTC,</p>	<p>Penalidades e procedimentos.</p>

<p>Segurança Pública, que terá competência para apurar infrações e responsabilidades, bem como impor as penalidades e as medidas administrativas previstas nesta Lei, sem prejuízo da competência originária do Prefeito municipal.</p> <p>§ 2º Constatada a infração, será lavrado o respectivo auto de infração, que originará a notificação a ser enviada à autorizatária do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros, com as penalidades e as medidas administrativas previstas na legislação.</p> <p>§ 3º As autuações homologadas serão transformadas em penalidades pela Secretaria Municipal de Segurança Pública, que ordenará a expedição da notificação à autorizatária do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros e, conforme o caso, ao condutor, oportunizando-lhes o exercício da defesa administrativa.</p>	<p>que terá competência para apurar infrações e responsabilidades, bem como impor as penalidades e as medidas administrativas previstas nesta Lei, sem prejuízo da competência originária do prefeito municipal.</p> <p>§ 2º Constatada a infração, será lavrado o respectivo auto de infração, que originará a notificação a ser enviada à autorizatária do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros, com as penalidades e as medidas administrativas previstas na legislação.</p> <p>§ 3º As autuações homologadas serão transformadas em penalidades pelo diretor-presidente da EPTC, que ordenará a expedição da notificação à autorizatária do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros e, conforme o caso, ao condutor, oportunizando-lhes o exercício da defesa administrativa.</p>	
<p><b>Art. 24</b> A não observância aos preceitos que regem o serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros acarretará a aplicação dos seguintes procedimentos:</p> <p>I – penalidades:</p> <p>a) multa;</p> <p>b) suspensão da autorização;</p>	<p><b>Art. 19</b> A não observância aos preceitos que regem o serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros acarretará a aplicação dos seguintes procedimentos:</p> <p>I – penalidades:</p> <p>a) multa;</p>	<p>Penalidades.</p>

<p>c) revogação da autorização;</p> <p>d) descadastramento do condutor; e</p> <p>e) descadastramento do veículo;</p> <p>II – medidas administrativas:</p> <p>a) notificação para regularização;</p> <p>b) retenção, recolhimento ou remoção do veículo;</p> <p>c) recolhimento e apreensão de documentos ou equipamentos; e</p> <p>d) outras que se fizerem necessárias para assegurar a observância aos direitos dos usuários ou a correta prestação do serviço.</p> <p>§ 1º A revogação da autorização implicará sua devolução compulsória e de eventuais documentos correlatos, impondo à penalizada o afastamento do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros do Município de Passo Fundo pelo prazo de 60 (sessenta) meses.</p> <p>§ 2º A aplicação da penalidade de descadastramento da função de condutor ensejará o afastamento do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros do Município de Passo Fundo pelo prazo de 60 (sessenta) meses.</p>	<p>b) suspensão da autorização;</p> <p>c) revogação da autorização;</p> <p>d) descadastramento do condutor; e</p> <p>e) descadastramento do veículo;</p> <p>II – medidas administrativas:</p> <p>a) notificação para regularização;</p> <p>b) retenção, recolhimento ou remoção do veículo;</p> <p>c) recolhimento e apreensão de documentos ou equipamentos; e</p> <p>d) outras que se fizerem necessárias para assegurar a observância aos direitos dos usuários ou a correta prestação do serviço.</p> <p>§ 1º A revogação da autorização implicará sua devolução compulsória e de eventuais documentos correlatos, impondo à penalizada o afastamento do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros do Município de Porto Alegre pelo prazo de 60 (sessenta) meses. § 2º A aplicação da penalidade de descadastramento da função de condutor ensejará o afastamento do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros do Município de Porto Alegre pelo prazo de 60 (sessenta) meses.</p>	<p>Penalidades.</p>
--	---	---------------------

<p><b>Art. 25</b> A defesa da autuação poderá ser efetuada no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data de notificação de autuação por infração de transporte expedida à autorizatária do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros, mediante requerimento escrito dirigido à Secretaria Municipal de Segurança Pública.</p> <p>§ 1º A notificação ao infrator suspende o curso da prescrição e os efeitos da autuação.</p> <p>§ 2º O deferimento do pedido ensejará o cancelamento da autuação.</p> <p>§ 3º Esgotado o prazo sem a apresentação da defesa, ou, se apresentada, tenha o processo sido julgado improcedente, será aplicada a penalidade correspondente à autuação, mediante notificação ao penalizado.</p> <p>§ 4º Da aplicação da penalidade, caberá recurso escrito para decisão final do secretário de Segurança Pública, no prazo de 15 (quinze) dias, contados da data de notificação de imposição de penalidade.</p>	<p><b>Art. 20</b> A defesa da autuação poderá ser efetuada no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data de notificação de autuação por infração de transporte expedida à autorizatária do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros, mediante requerimento escrito dirigido ao diretor-presidente da EPTC.</p> <p>§ 1º A notificação ao infrator suspende o curso da prescrição e os efeitos da autuação.</p> <p>§ 2º O deferimento do pedido ensejará o cancelamento da autuação.</p> <p>§ 3º Esgotado o prazo sem a apresentação da defesa, ou, se apresentada, tenha o processo sido julgado improcedente, será aplicada a penalidade correspondente à autuação, mediante notificação ao penalizado.</p> <p>§ 4º Da aplicação da penalidade, caberá recurso escrito para decisão final do diretor-presidente da EPTC, no prazo de 15 (quinze) dias, contados da data de notificação de imposição de penalidade.</p>	<p>Defesa da autuação.</p>
--	---	----------------------------

<p><b>Art. 26</b> Às infrações punidas com multa, independentemente da incidência de outros procedimentos, serão atribuídos os seguintes valores:</p> <p>I – 500 (quinhentas) UFMs, em caso de infração leve;</p> <p>II – 750 (setecentas e cinquenta) UFMs, em caso de infração média;</p> <p>III – 1000 (um mil) UFMs, em caso de infração grave; e</p> <p>IV – 3000 (três mil) UFMs, em caso de infração gravíssima.</p>	<p><b>Art. 21</b> Às infrações punidas com multa, independentemente da incidência de outros procedimentos, serão atribuídos os seguintes valores:</p> <p>I – 500 (quinhentas) UFMs, em caso de infração leve;</p> <p>II – 750 (setecentas e cinquenta) UFMs, em caso de infração média;</p> <p>III – 1000 (um mil) UFMs, em caso de infração grave; e</p> <p>IV – 3000 (três mil) UFMs, em caso de infração gravíssima.</p>	<p>Infrações e punição.</p>
<p><b>Art. 27</b> A execução do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros por pessoas físicas, isoladamente, ou por pessoa jurídica que não possua o respectivo termo de autorização emitido pelo Município de Passo Fundo ensejará a autuação do infrator por transporte clandestino, nos termos do art. 55 da Lei Complementar nº 405, de 09 de janeiro de 2017, e alterações posteriores.</p>	<p><b>Art. 22</b> A execução do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros por pessoas físicas, isoladamente, ou por pessoa jurídica que não possua o respectivo termo de autorização emitido pelo Município de Porto Alegre ensejará a autuação do infrator por transporte clandestino, nos termos do art. 22 da Lei nº 8.133, de 12 de janeiro de 1998, e alterações posteriores.</p>	<p>Transporte clandestino.</p>
<p><b>Art. 28</b> Quando a operação se utilizar de motocicletas, as autorizatárias deverão observar as normas quanto à segurança dos passageiros e formação dos condutores emitidas pelos órgãos de trânsito municipal, estadual e federal.</p>		<p>Utilização de motocicletas.</p>

<p><b>Art. 29 É obrigação</b> da autorizatária disponibilizar ao passageiro os Equipamentos de Proteção Individual (EPI) exigidos pela Legislação de Trânsito.</p> <p>Parágrafo único. Tratando-se de equipamento não descartável, é obrigação da autorizatária zelar pela higiene e conservação do EPI disponibilizado ao passageiro, devendo o equipamento estar à disposição para ser vistoriado pela Secretaria de Segurança Pública sempre que a autoridade entender pertinente a medida.</p>		Equipamentos de proteção individual.
<p><b>Art. 30</b> Não se aplicam as regras contidas no inciso IV do artigo 8º, no artigo 9º, caput e incisos I, II e III, e no parágrafo único do artigo 11, quando a operação se utilizar de motocicletas.</p>		
<p><b>Art. 31</b> As autorizatárias do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros poderão disponibilizar ao Município de Passo Fundo, sem ônus, equipamentos, programas, sistemas, serviços ou qualquer outro mecanismo físico ou informatizado que viabilize, facilite, agilize e dê segurança à fiscalização de suas operações pelos órgãos competentes.</p> <p>Parágrafo único. O disposto neste artigo abrange a manutenção de todas as condições necessárias à fiscalização da atividade</p>	<p><b>Art. 35</b> As autorizatárias do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros poderão disponibilizar ao Município de Porto Alegre, sem ônus, equipamentos, programas, sistemas, serviços ou qualquer outro mecanismo físico ou informatizado que viabilize, facilite, agilize e dê segurança à fiscalização de suas operações pelos órgãos competentes.</p> <p>Parágrafo único. O disposto neste artigo abrange a manutenção de todas as condições</p>	Fiscalização de operações.

<p>durante o período de vigência do credenciamento, sendo encargo exclusivo das autorizatárias do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros que voluntariamente optarem por proporcionar esses meios de fiscalização, independentemente dos instrumentos e das competências próprias do Município de Passo Fundo.</p>	<p>necessárias à fiscalização da atividade durante o período de vigência do credenciamento, sendo encargo exclusivo das autorizatárias do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros que voluntariamente optarem por proporcionar esses meios de fiscalização, independentemente dos instrumentos e das competências próprias do Município de Porto Alegre.</p>	<p>Fiscalização de operações.</p>
<p><b>Art. 32</b> As secretarias, os órgãos e as entidades municipais intervenientes na matéria de que trata esta Lei ficam autorizadas a receber bens e serviços em doação para o cumprimento das finalidades relacionadas às suas respectivas esferas de atuação.</p> <p>Parágrafo único. Os interessados poderão indicar a destinação específica dos bens e serviços e encaminhar suas propostas diretamente às secretarias, aos órgãos e às entidades municipais destinatárias, aos quais competirá a análise jurídica da proposta e o seu atendimento ao interesse público.</p>	<p><b>Art. 36</b> As secretarias, os órgãos e as entidades municipais intervenientes na matéria de que trata esta Lei ficam autorizadas a receber bens e serviços em doação para o cumprimento das finalidades relacionadas às suas respectivas esferas de atuação.</p> <p>Parágrafo único. Os interessados poderão indicar a destinação específica dos bens e serviços e encaminhar suas propostas diretamente às secretarias, aos órgãos e às entidades municipais destinatárias, aos quais competirá a análise jurídica da proposta e o seu atendimento ao interesse público.</p>	<p>Doações.</p>

	<p><b>Art. 37</b> Com o objetivo de reduzir custos e utilizar a inovação em favor de melhorias dos processos da mobilidade urbana, a EPTC poderá celebrar convênios com as autorizatárias do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros para a utilização das ferramentas digitais na avaliação da qualidade dos veículos e do serviço.</p> <p>Parágrafo único. A EPTC poderá utilizar como base as avaliações já realizadas pelos usuários do Município de Porto Alegre por meio das plataformas tecnológicas.</p>	<p>Convênios.</p>
<p><b>Art. 33</b> A autorização para a exploração do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros será válida, inicialmente, pelo prazo de até 18 (dezoito) meses.</p> <p>§ 1º Transcorridos 12 (doze) meses da vigência desta Lei, o Município de Passo Fundo promoverá a análise e a reavaliação do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros, bem como eventuais adequações na legislação que se fizerem necessárias.</p> <p>§ 2º A renovação da autorização para a exploração do serviço dependerá da reavaliação referida no § 1º deste artigo e, se aprovada, deverá ser efetuada a cada 12 (doze) meses.</p>	<p><b>Art. 39</b> A autorização para a exploração do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros será válida, inicialmente, pelo prazo de até 18 (dezoito) meses.</p> <p>§ 1º Transcorridos 12 (doze) meses da vigência desta Lei, o Município de Porto Alegre promoverá a análise e a reavaliação do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros, bem como eventuais adequações na legislação que se fizerem necessárias.</p> <p>§ 2º A renovação da autorização para a exploração do serviço dependerá da reavaliação referida no § 1º deste artigo e, se aprovada, deverá ser efetuada a cada 12 (doze) meses.</p>	<p>Prazo da autorização para explorar o serviço.</p> <p>Renovação.</p>

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

- a) Embora decorrente de Lei Federal, a regulamentação sobre a prestação do serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros, obrigação dos municípios com o serviço, criou uma série de discussões entre poder público, empresas e consumidores, muitas ainda sem solução;
- b) O poder público justifica a necessidade de legislar como uma obrigatoriedade para o desenvolvimento das atividades. As empresas criticam o excesso de regulamentação sobre a livre iniciativa. E os consumidores mais informados sabem que, a partir da interferência da atividade estatal sobre a privada, haverá aumento do valor dos serviços e o repasse para os mesmos;
- c) A legislação dessa matéria é adotada de forma semelhante entre os municípios. Um caso semelhante aconteceu com a lei conhecida como “Escola sem Partido”, que se difundiu entre modelos copiados pelas Câmaras de Vereadores e Assembleias Legislativas;
- d) Os municípios de Porto Alegre e Passo Fundo apresentam semelhanças inegáveis nos textos legislativos aplicados à matéria, conforme comparado. O maior problema dessa prática reside na não reflexão sobre necessidades locais, o que é possível – e deveria ser feito – num texto legislativo local;
- e) É imprescindível que o legislador – sobretudo no âmbito municipal – esteja ciente do seu papel e das consequências dos seus projetos quando aplicados. Sabe-se que no Brasil, infelizmente, entende-se como “bom político” o criador de leis. Isso, na prática, pode ter consequências negativas para o desenvolvimento da economia local, sobretudo quando ferem a livre iniciativa;
- f) A legislação dos municípios estudados apresenta um conjunto de direitos, deveres e obrigações que já estão expressos em códigos ou noutros textos legislativos. O Brasil já sofre de excesso de leis e de insuficiente cumprimento das mesmas.

### REFERÊNCIAS

BRASIL. Senado Federal. LEI Nº 13.640, DE 26 DE MARÇO DE 2018. Altera a Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012, para regulamentar o transporte remunerado privado individual de passageiros. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaTex>

toSigen.action?norma=26382098&id=26382118&idBinario=26382164&mime=application/rtf>. Acesso em: 05 abr. 2018.

PASSO FUNDO/RS. LEI Nº 5.318 DE 15 DE JANEIRO DE 2018. Dispõe sobre o sistema de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros a partir de compartilhamento de veículos no município de Passo Fundo. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/rs/p/passos-fundo/lei-ordinaria/2018/532/5318/lei-ordinaria-n-5318-2018-dispoe-sobre-o-sistema-de-transporte-motorizado-privado-e-remunerado-de-passageiros-a-partir-de-compartilhamento-de-veiculos-no-municipio-de-passo-fundo>>. Acesso em 07 abr. 2018.

PORTO ALEGRE/RS. LEI Nº 12.162 DE 9 DE DEZEMBRO DE 2016. Regulamentada pelo Decreto nº 19.700/2017. Dispõe sobre o serviço de transporte motorizado privado e remunerado de passageiros; altera o caput dos arts. 15, 16, 17, 18, 19, 20 e 21 e o parágrafo único do art. 21, inclui parágrafo único nos arts. 16, 19 e 20, arts. 16-A, 20-A e 21-A e incs. III e V no caput do art. 18-A e revoga o inc. V do caput e o § 5º do art. 14, o parágrafo único dos arts. 17 e 18, todos na Lei nº 8.133, de 12 de janeiro de 1998, e alterações posteriores; e inclui inc. VII no caput do art. 3º da Lei nº 11.182, de 28 de dezembro de 2011. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/rs/p/porto-alegre/lei-ordinaria/2016/1216/12162/lei-ordinaria-n-12162-2016-dispoe-sobre-o-servico-de-transporte-motorizado-privado-e-remunerado-de-passageiros-altera-o-caput-dos-arts-15-16-17-18-19-20-e-21-e-o-paragrafo-unico-do-art-21-inclui-paragrafo-unico-nos-arts-16-19-e-20-arts-16-a-20-a-e-21-a-e-incs-iii-e-v-no-caput-do-art-18-a-e-revoga-o-inc-v-do-caput-e-o-5-do-art-14-o-paragrafo-unico-dos-arts-17-e-18-todos-na-lei-n-8133-de-12-de-janeiro-de-1998-e-alteracoes-posteriores-e-inclui-inc-vii-no-caput-do-art-3-da-lei-n-11-182-de-28-de-dezembro-de-2011>>. Acesso em 30 mar. 2018.

SÃO PAULO/SP. DECRETO Nº 56.981 DE 10/05/2016. Dispõe sobre o uso intensivo do viário urbano municipal para exploração de atividade econômica privada de transporte individual remunerado de passageiros de utilidade pública, o serviço de carona solidária e o compartilhamento de veículos sem condutor. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=320363>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

VITÓRIA/ES. DECRETO Nº 16.770 DE 29/07/2016. Dispõe sobre o uso intensivo do viário urbano municipal para exploração de atividade econômica privada de transporte individual remunerado de passageiros de utilidade pública. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=327046>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

VITÓRIA/ES. DECRETO Nº 16.785 DE 18/08/2016. Altera dispositivos do Decreto nº 16.770, de 28 de julho de 2016, que dispõe sobre o uso intensivo do viário urbano municipal para exploração de atividade econômica privada de transporte individual remunerado de passageiros de utilidade pública. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=327840>>. Acesso em 30 mar. 2018.

# UBER E REGULAMENTAÇÃO: ANÁLISE DA LEI Nº 13.640/18 À LUZ DA TEORIA DAS ESCOLHAS PÚBLICAS

Sandro Lucena Rosa

## 1. INTRODUÇÃO

Em maio de 2014, na cidade do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro), a empresa Uber começou a operar no Brasil. Em janeiro de 2016, Campinas (São Paulo) foi escolhida para ser a primeira cidade do interior do país a receber o serviço. Goiânia (Goiás), no dia 29 do mesmo mês, também foi incluída na lista de cidades. A empresa multinacional, fundada em 2009, atua prestando serviços conhecidos popularmente como “caronas remuneradas”, mediante tecnologia chamada *e-hailing*<sup>1</sup>.

Esses serviços se assemelham ao serviço de táxi, regulamentado pela Lei nº 12.468/2011. Aliás, antes da Uber operar no Brasil, já havia sido fundada a empresa 99 Taxis, em julho de 2012 (CRUNCHBASE, 2018), que tão somente viabilizava o chamado do taxista por meio de um aplicativo de celular. Outras empresas, como a Cabify, passaram a operar em junho de 2016, oferecendo um serviço diversificado, mais seletivo para os passageiros (SALOMÃO, 2018).

A chegada da concorrência, a diversidade e o poder de escolha fizeram com que essas alternativas se tornassem mais acessíveis do que os serviços até então disponíveis: táxi e até mesmo o transporte coletivo. Atualmente a Uber opera com cerca de 13 milhões

---

1 Em sua plataforma virtual (*app*), permite que pessoas busquem motoristas mediante geolocalização.

de usuários ativos (EPOCA, 2018) e possui índice de satisfação dos clientes de incríveis 98,5% (AMARAL, 2018). Tudo isso concorreu para ameaçar um mercado já existente, reservado aos taxistas, o que gerou grande confusão.

A “confusão” compreende dois aspectos. O primeiro diz respeito aos próprios trabalhadores, está ligado ao dia-a-dia dos motoristas. Aconteceram diversos confrontos entre taxistas e motoristas de aplicativos, reiteradas vezes, com a chegada da “novidade”. Por todos, cita-se o mais recente, que aconteceu em 10 de março de 2018 no Aeroporto Internacional Pinto Martins, em Fortaleza, Ceará (O POVO, 2018).

A segundo está relacionado ao enquadramento jurídico dessa atividade e mais nos interessa para o presente trabalho. Muito se discutiu sobre o enquadramento legal desses aplicativos, chegando a ser suscitado que os respectivos motoristas estavam trabalhando à margem da lei, de maneira clandestina, por ser um serviço que supostamente estava reservado aos taxistas.

Noutro giro, as empresas e os motoristas de aplicativos defendiam não haver qualquer ilegalidade no serviço prestado, forte nos primados da livre iniciativa e da livre concorrência e que o serviço não se enquadraria na mesma classificação dos que são ofertados pelos taxistas (transporte público individual de passageiros), distinção que tem por fundamento o próprio texto da Lei nº 12.587/2012.

Diante dos interesses em jogo, associações, sindicatos de taxistas, dentre outros grupos, começaram a fazer pressão nos políticos locais para que houvesse a regulamentação com o fito de inviabilizar a atividade de aplicativos como o da Uber. A título de exemplo, cita-se a Lei nº 10.553/16, editada pela Câmara Municipal de Fortaleza, que tornou vedado o “*transporte público individual de passageiro sem a devida permissão legal*”, estabelecendo multa de R\$ 1.400,00 (mil e quatrocentos reais) como penalidade.

Além de clara afronta ao art. 22, XI da Constituição Federal, merece destaque o fato que de o próprio Supremo Tribunal Federal,

no Agravo em Recurso Extraordinário nº 639.496 (31.8.2011), de relatoria do então ministro Cezar Peluso, havia reafirmado a impossibilidade dos Estados e Municípios legislarem sobre trânsito e transporte, diante da competência privativa da União.

Recentemente, em 26 de março de 2018, foi editada pelo Congresso Nacional a Lei nº 13.640/2018, sancionada sem vetos pela Presidência da República, visando por fim ao grande debate. É certo que trouxe mudanças importantes, principalmente de ordem conceitual, além de esclarecer alguns requisitos; porém, expressamente delegou para os Municípios e para o Distrito Federal a competência para regulamentação e fiscalização do *transporte remunerado privado individual de passageiros*.

Pertinente indagar: se o Congresso Nacional já poderia encerrar a discussão, por qual razão deixou a cargo de cada Município? O presente artigo, ancorado nas lições da Teoria da Escola Pública, busca analisar a opção do Poder Legislativo federal para chegar a uma possível resposta.

Essa linha de pensamento, que busca analisar com instrumentos advindos da microeconomia o processo de elaboração de leis e políticas públicas, fornece subsídios para que sejam investigados os comportamentos dos diversos agentes do mercado. Essa dinâmica pode se apresentar de diversas formas, tais como o *lobby*, a prática de *rent-seeking* e também à própria influência de grupos de pressão sobre os políticos que estão em posição de decidir. É sobre essa última possibilidade que voltaremos a nossa atenção.

Por fim, breve esclarecimento se faz necessário: sabe-se que vários aplicativos estão submetidos ao regramento da nova legislação, não se limitando apenas à empresa Uber. Apesar disso, considerando a popularidade e a desnecessidade de se mencionar cada empresa para a finalidade desta investigação, frise-se que sempre que for mencionado “Uber”, deve-se entender todo o sistema a ele agregado, referente ao *transporte remunerado privado individual de passageiros*.

## 2. OS PRINCÍPIOS DA LIVRE INICIATIVA E DA LIVRE CONCORRÊNCIA

O constituinte originário, logo no art. 1º, insculpiu o paradigma do Estado Democrático de Direito para a República Federativa do Brasil. Marilda de Paula Silveira aduz que o Estado de Direito se configura no momento em que a atividade estatal passa a ser limitada pela lei, tida como a “*vontade geral*” (2016, p. 29).

Complementando esse raciocínio, Humberto Ávila entende que o Estado de Direito não é apenas associado à não-arbitrariedade do Direito, como também à “*exigência de que a atuação estatal seja governada por regras gerais, claras, conhecidas, relativamente constantes no tempo, prospectivas e não-contraditórias*” (2012, p. 184). Essa escolha diz muito sobre o funcionamento da máquina estatal em nosso país, que deverá ter uma atuação que observe a lei e o Direito, mormente as normas jurídicas de calibre constitucional.

Quanto a essas normas, ao que interessa para este estudo, ressalta-se que nossa República é fundada nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV da Constituição); também na liberdade e, nesse espectro, no livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII da Constituição). No mesmo sentido, a ordem econômica (art. 170 da Constituição) funda-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e tem por princípio a livre concorrência (art. 170, IV da Constituição).

Breve análise da Carta Magna revela, pois, que a livre iniciativa e a livre concorrência ganharam papel de destaque na República Federativa do Brasil. Como bem ressalta Daniel Sarmento (2012, p. 9):

A importância do princípio da livre iniciativa em nossa ordem jurídica foi propositadamente realçada pelo constituinte originário, quando o consagrou, logo no artigo 1º, inciso IV da Lei Fundamental, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, ao lado da soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valor social do trabalho e pluralismo político. A livre iniciativa, que mantém íntima correlação com a liberdade profissional, garantida

no art. 5º, inciso XII, da Constituição, figura também junto com a valorização do trabalho humano, como fundamento da ordem econômica nacional, no art. 170, caput, da Lei Maior.

Francisco Amaral (1986, p. 228) conceitua a livre iniciativa como sendo a “*liberdade dos particulares de utilizarem recursos materiais e humanos na organização de sua atividade produtiva, liberdade, enfim, dos particulares que decidirem o que, quando e como produzir*”. Eros Grau (2015, p. 206), ao tecer comentários sobre o aludido princípio, aduz que a livre iniciativa é “*um modo de expressão do trabalho e, por isso mesmo, corolária da valorização do trabalho, do trabalho livre, em uma sociedade livre e pluralista*”.

A livre concorrência, por sua vez, assume outro sentido, embora ligado à ideia de livre iniciativa. Em feliz síntese, Paula Forgioni (2015, p. 15) conceitua esse princípio como sendo a “*garantia da disputa*”. Tércio Sampaio Ferraz Junior (1989, p. 34), por sua vez, ensina que “*a livre concorrência é forma de tutela do consumidor, na medida em que competitividade induz a uma distribuição de recursos a mais baixo preço*”. Fernando Facury Scaff (2006, p. 110-11) faz importante distinção entre os dois institutos:

Liberdade de iniciativa econômica decorre de um primado de liberdade, que permite a todo agente econômico, público ou privado, pessoa física ou jurídica, exercer livremente, nos termos das leis, atividade econômica em sentido amplo. Parte de um conceito de liberdade de exercício da profissão, para trabalhadores, e da liberdade do exercício de uma atividade econômica, para empresas. Já a livre-concorrência funda-se primordialmente na isonomia, e não na liberdade (a qual, embora não esteja afastada, não é primordial). Busca-se criar as condições para que se realize um sistema de concorrência perfeita, dentro dos objetivos propostos pela Constituição da República em seu art. 3º, e respeitando os princípios da ordem econômica. Para que possa existir livre concorrência é imperioso que haja isonomia entre os contendores na arena do mercado.

Essa breve incursão teórica se faz necessária por duas razões. A primeira porque revela ponto de contraste interessante à discussão: se é certo que a Constituição Federal instituiu a livre iniciativa,

devendo-se primar pela liberdade de se prestar um serviço<sup>2</sup> com a menor quantidade de entraves possível, também insere em patamar de destaque a livre concorrência – vale dizer, eventual distorção no mercado poderá ser corrigida pelo Estado, caso haja situação que não denote isonomia entre os agentes de mercado.

A segunda diz respeito à interpretação infraconstitucional. Os princípios analisados acima possuem força normativa e devem orientar a atividade interpretativa da legislação infraconstitucional. O resultado pragmático dessa constatação: qualquer lei que venha a regulamentar ou dispor sobre o transporte individual de passageiros, deverá ponderar ambos princípios que, como visto, geram ponto de contraste.

O que se pode concluir, sobre o conteúdo desses princípios, é que a liberdade da atividade econômica deve ser vista como regra, de acesso e exercício pleno livre a todos, ainda que com restrições pontuais. É nesse sentido a lição de Canotilho (2015, p. 8), em parecer proferido sobre o assunto: “*os desvios que o legislador ordinário venha a introduzir a este princípio têm de configurar-se como excepcionais e basear-se em razões jurídico-constitucionais legítimas e justificadas segundo o teste da proporcionalidade*”.

Imperioso analisar, nas linhas que seguem, a regulamentação da Uber, em confronto com os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, para que ao final se possa comparar a decisão tomada pelo legislador frente à Teoria da Escolhas Públicas (TEP).

### **3. CLASSIFICAÇÃO DO SERVIÇO PRESTADO PELA UBER E A QUESTÃO DA REGULAMENTAÇÃO**

Como já esboçado no introito deste trabalho, pouco após o início das atividades do Uber no Brasil, que se deu em maio de 2014 (SOUZA, 2018), instaurou-se grande celeuma entre os motoristas do novo aplicativo e os taxistas, que detinham o monopólio do mercado de prestação de serviços referentes às “caronas remuneradas”. A

2 O que com certeza engloba o transporte privado de passageiros.

polêmica não se instaurou apenas no ambiente do trabalho, estendendo-se também ao mundo jurídico.

De um lado defendiam os motoristas do aplicativo que o serviço era lícito, com base nos princípios mencionados no tópico anterior; de outro, os taxistas reivindicavam a prestação exclusiva desse serviço, sob o argumento de que havia regulamentação específica disposta sobre a profissão de taxista – seriam os outros motoristas, pois, espécie de “profissionais clandestinos”, assim como o serviço do aplicativo seria ilegal.

Para perquirir a questão da necessidade ou não de regulamentação do aplicativo, deve-se antes analisar o enquadramento da atividade em questão, bem como sua natureza jurídica. Isso passa, inexoravelmente, pelo exame da legislação pertinente: a Lei nº 12.587/12, que institui as diretrizes da “Política Nacional de Mobilidade Urbana” e a Lei nº 12.468/11, que regulamenta a profissão de taxista.

O art. 2º da Lei nº 12.468/11 estabelece que é atividade privativa dos taxistas a exploração do “*transporte público individual remunerado de passageiros*”. A Lei nº 12.587/12, por sua vez, classifica em seu art. 3º, §2º, III, os serviços de transporte urbano como sendo “público” ou “privado”.

Sabe-se que existe diferença notória entre os serviços públicos e os serviços de *utilidade pública*, o que parece ter sido olvidado quando da redação da legislação sob comento, que não observou a melhor técnica ao deixar dúvida a expressão “pública”. O intérprete desatento pode concluir que se trata de serviço público, o que está divorciado da realidade fática aqui sob análise.

Afirma-se isso considerando que o titular do serviço não é o Estado; que o regime jurídico não exige licitação prévia; não há continuidade no serviço, nem se trata de serviço essencial que justificasse a classificação como *serviço público*, além de outras características que robustecem o quanto se alega<sup>3</sup>. Por exclusão, conclusão razoável é a de que se trata de uma atividade econômica em sentido estrito.

3 Nesse sentido, citando outros exemplos, SARMENTO, 2015, p. 29.

Chega-se, no presente ponto, em dois cenários de classificação do *transporte individual* de passageiros: o “público”, reservado aos taxistas por força da Lei nº 12.468/11; e o *privado*, que possui previsão legal de regulamentação. Apesar disso, caso nunca fosse realizada a regulamentação, não se poderia suscitar qualquer pecha de legalidade, pois como visto, em regra os serviços podem ser prestados sem entraves, sendo as restrições a exceção – tudo isso baseado no princípio da livre iniciativa.

Nada obstante, em 13.460/2018 o legislador ordinário entendeu por bem regulamentar o “*transporte remunerado individual de passageiros*”. A regulamentação, que foi comemorada até mesmo pelas empresas de aplicativos, tentou trazer segurança jurídica tanto às empresas que fornecem os serviços como também aos consumidores (G1, 2015).

Isso porque em determinados estados, como São Paulo e Rio de Janeiro, foram editadas Leis (LC 159/2015, por exemplo) regulamentando o que é de clara competência privativa da União, por força do art. 22, XI. Nesse ritmo, na melhor das hipóteses, poderíamos conviver com mais de 20 diplomas diferentes, variando em cada estado da federação, o que não somente é inconstitucional, como desvirtua o primado da segurança jurídica, pedra fundamental do Estado Democrático de Direito.

A Lei nº 13.460/18 cuidou de esclarecer o conceito de transporte remunerado individual de passageiros, ao alterar o art. 4º, X da Lei nº 12.587/12: “*serviço remunerado de transporte de passageiros, não aberto ao público, para a realização de viagens individualizadas ou compartilhadas solicitadas exclusivamente por usuários previamente cadastrados em aplicativos ou outras plataformas de comunicação em rede*”.

Nesse ponto avançou, pois fez importante distinção entre o que é o serviço prestado pelos taxistas e o que é o serviço prestado pelos motoristas de aplicativo. Além disso, acrescentou o art. 11-A e o art. 11-B, que dispõem:

**Art. 11-A. Compete exclusivamente aos Municípios e ao Distrito Federal regulamentar e fiscalizar o serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros** previsto no inciso X do art. 4º desta Lei no âmbito dos seus territórios.

Parágrafo único. Na regulamentação e fiscalização do serviço de transporte privado individual de passageiros, os Municípios e o Distrito Federal deverão observar as seguintes diretrizes, tendo em vista a eficiência, a eficácia, a segurança e a efetividade na prestação do serviço:

**I – efetiva cobrança dos tributos municipais devidos pela prestação do serviço;**

II – exigência de contratação de seguro de Acidentes Pessoais a Passageiros (APP) e do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres (DPVAT);

III – exigência de inscrição do motorista como contribuinte individual do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), nos termos da alínea h do inciso V do art. 11 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

**Art. 11-B.** O serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros previsto no inciso X do art. 4º desta Lei, **nos Municípios que optarem pela sua regulamentação**, somente será autorizado ao motorista que cumprir as seguintes condições:

I – possuir Carteira Nacional de Habilitação na categoria B ou superior que contenha a informação de que exerce atividade remunerada;

II – conduzir veículo que atenda aos requisitos de idade máxima e às características exigidas pela autoridade de trânsito e pelo poder público municipal e do Distrito Federal;

III – emitir e manter o Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo (CRLV);

IV – apresentar certidão negativa de antecedentes criminais.

Parágrafo único. A exploração dos serviços remunerados de transporte privado individual de passageiros sem o cumprimento dos requisitos previstos nesta Lei e na regulamentação do poder público municipal e do Distrito Federal caracterizará transporte ilegal de passageiros.

Esses dispositivos merecem detida atenção. Em primeiro lugar, porque os requisitos trazidos por esses artigos já constam da legislação

vigente, senão vejamos: o seguro DPVAT é obrigatório por força da Lei nº 6.194/74; o motorista de aplicativo é segurado obrigatório, estando filiado ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS) por força do art. 11, V, h da Lei nº 8.213/91<sup>4</sup> desde o advento da Lei nº 9.876/99; a Carteira Nacional de Habilitação tipo “B” já é requisito para qualquer civil dirigir; o Certificado de Registro e Licenciamento (CRLV) também é obrigatório; por fim, a certidão de antecedentes criminais já é exigida pelo Uber (MORENO, 2016).

Questiona-se: qual a grande mudança advinda com a nova lei, já que a esmagadora maioria de seus dispositivos (re)citam exigências que já existiam em outros diplomas? A resposta, ao que parece, está no *caput* dos artigos retro citados. No primeiro, delegou-se a competência para regulamentação aos Municípios e ao Distrito Federal; no segundo, deixou claro: “*nos Municípios que optarem pela sua regulamentação*”.

O que se denota, portanto, é que o legislador infraconstitucional, em sua competência privativa (art. 22, XI), mesmo tendo oportunidade de por fim à celeuma, optou por deixar a cargo dos Municípios e do Distrito Federal a regulamentação, fato que curiosamente vai de encontro ao anseio de todos os agentes envolvidos: segurança jurídica.

O que nos interessa, para o objeto da presente investigação, é tentar responder a seguinte pergunta: por qual razão o Congresso Nacional optou por assim proceder? Várias hipóteses podem ser suscitadas. Para responder a indagação, passa-se a iluminar a questão com os ensinamentos advindos da Teoria das Escolhas Públicas (TEP).

#### 4. A LEI Nº 13.640/2018 À LUZ DA TEORIA DAS ESCOLHAS PÚBLICAS

A Teoria da Escolha Pública surgiu em meados dos anos 70, num momento de crise do pensamento então dominante (intervencionista/

4 Esclareça-se que a **inscrição** requerida pela Lei é ato meramente formal, sendo que ao exercer a atividade remunerada o motorista já está filiado ao Regime Geral de Previdência Social.

keynesiano). A crise experimentada foi tratada como resultado da grande intervenção do Estado no domínio econômico, o que abriu caminho para que se buscassem alternativas não intervencionistas. Nesse cenário, o livro *An economic theory of democracy* (1957) do economista americano Anthony Downs foi um importante marco para a definição dessa linha de pensamento.

Apesar da importância da referida obra, foi com as contribuições do nobel em Economia James Buchanan (1919-2013) e do economista americano Gordon Tullock (1922-2014) que a Teoria da Escolha Pública foi ganhando forma, destacando-se a obra escrita por este último – *The calculus of consent: logical foundations of Constitutional Democracy* (1962).

Clássico enunciado, que muito reverbera nas cátedras, assevera que política consiste na “arte de bem governar”. Dessa verdade desconfia a teoria que ora se comenta. Para ela, a dinâmica do processo político pode (e deve) ser analisada pelas ferramentas da microeconomia, bem como da teoria dos jogos (BORGES, 2001, p. 161), por exemplo. Com esses instrumentos, descortina-se a visão romântica do bom político que se preocupa com a representação de seus eleitores; também, a noção idealizada do bom gestor que em todos os seus atos preocupa-se em alcançar o interesse público e promover o bem comum.

A Teoria da Escolha Pública analisa o processo político partindo de premissa fundamental: o comportamento do agente público é ditado pelo mesmo comportamento dos agentes de mercado, isto é, a maximização de interesses egoicos e particulares serão a força motriz de suas ações – uma visão utilitária, em detrimento da visão altruísta que é encartada no discurso oficial das democracias modernas.

Segundo DOWNS (1957, p. 26), os interesses imediatos dos agentes políticos no poder correspondem à obtenção de renda, poder ou prestígio decorrente do próprio exercício de sua atuação, razão pela qual seus interesses consistem em se apoderar do poder estatal através do processo eleitoral. Com esse intento, atende-se pontualmente o que pode coincidir com o interesse público, que não aparece como

sendo um fim em si mesmo (BORGES, 2001, p. 163).

Noutro giro, analisa-se o comportamento dos eleitores também como agentes racionais que buscam maximizar seus interesses particulares, porém representados de maneira organizada, não atômica – associações, sindicatos, dentre outras formas. Como bem observa SANTOS (1998, p. 47), “*grandes grupos de interesses tendem a ser dominados por oligarquias que representam sobretudo a si mesmas, não os interesses da coletividade*”. No mesmo sentido, o renomado economista James Buchanan (1975, p. 33) nos ensina:

Inn large political units the institutional manifestation of the active promotion of economic interest is the pressure group. The reason for the very existence of such groups lies in their ability to promote and to further, through the political-choice process, the particular functional interests represented.

Distingue-se, dentro da doutrina, o que seria grupo de interesse e o que seria o grupo de pressão. O primeiro, nas palavras de THOMAS (2004, p. 14), diz respeito a uma “*associação de indivíduos ou organizações ou uma instituição pública ou privada que, com base em um ou mais preocupação ou interesse compartilhado, tenta influenciar a política pública a seu favor*”. Nesse caso, efetivamente existe a reunião de pessoas, mas não é possível concluir que para a consecução de seus objetivos haverá relação com o poder público.

Diferente é o caso dos grupos de pressão, que se mostram como espécie do gênero “grupo de interesse”. Nesse caso, além da reunião de pessoas, há a intenção deliberada de influenciar as decisões públicas por meio do poder político. Sobre essa classificação, explica Paulo Trio Pereira (2001, p. 87):

Genericamente podemos dizer que, num dado momento, os grupos de pressão são um subconjunto dos grupos de interesse que visam pressionar uma qualquer instância do poder político (...) a alterar as suas políticas num sentido favorável ao grupo ou a mantê-las caso elas já sejam favoráveis ao interesse do grupo. Neste sentido as actividades dos grupos de pressão passam sempre pela sua relação com entidades públicas. Isto já não acontece necessariamente com

um grupo de interesse que pode prosseguir o seu interesse de forma completamente à margem do poder político, caso a acção *não vise alterar políticas públicas e caso o seu financiamento não dependa (no todo ou em parte) de organismos públicos.*

Analisando a dinâmica entre o poder político e os grupos de pressão, André Borges (2001, p. 164), com elogiável profundidade, bem observa a questão:

Oligopólios privados e sindicatos valem-se do seu poder sobre o mercado para obter uma remuneração por suas atividades acima do equilíbrio competitivo, penalizando consumidores e trabalhadores não sindicalizados. Governos intervencionistas devem favorecer a organização de grupos de interesses especiais, pois a atividade destes últimos é função direta dos “lucros” esperados da participação do processo político. Nesta perspectiva, todas as políticas governamentais que interfiram no domínio econômico são fontes de renda para grupos privados. Desde que haja a possibilidade de intervenção no domínio econômico, diversos grupos de interesses especiais irão competir para influenciar o governo através de atividades de lobby e captura de arena pública que a literatura especializada denomina de *rent-seeking* (literalmente, “caça-à-renda”).

Já se afirmou em linhas anteriores que os embates transbordaram o campo das ideias, chegando a confrontos físicos entre os grupos de interesse. Todavia, esse é apenas um capítulo do que pareceu acontecer nos bastidores do que precedeu a edição da Lei nº 13.640/2018. O presidente do SIMTETAXI-SP (Sindicato dos Motoristas nas Empresas de Táxi no Estado de São Paulo) chegou a gravar vídeo ameaçando os motoristas de aplicativos (g1, 2016).

Seria muita ingenuidade imaginar que os grupos de interesses envolvidos, mormente os sindicatos de taxistas, não influiriam no processo decisório da regulamentação da Uber. Aliás, documentos indicam que o próprio projeto de lei (PL 28/2017) foi redigido por um advogado ligado aos sindicatos dos taxistas (SPIGARIOL, 2017).

Considerando o contexto fático da edição da Lei nº 13.640/2018 e as lições da Teoria da Escolha Pública, parece fazer mais sentido a opção do legislador em apenas reiterar critérios que

já existiam antes da novel legislação e, ao mesmo tempo, delegar aos Municípios o dever de regulamentar e fiscalizar o transporte remunerado privado individual de passageiros.

O que chegou a ser comemorado pelas empresas de aplicativos deve ser visto com parcimônia e ceticismo. Embora seja possível reconhecer avanços no campo conceitual, cada Município poderá instituir requisitos próprios que poderão inviabilizar ou tornar excessivamente dificultosa a atividade dos motoristas de aplicativos, a depender da capacidade de influência dos grupos de pressão ligados aos taxistas no âmbito local.

Tentando responder à pergunta feita anteriormente, tudo indica que a novel legislação foi editada sob a influência de grupos de pressão e que em vez de trazer segurança jurídica e pacificar a questão, preferiu confiar nos “elevados desígnios” dos políticos locais, de cada Município. A depender da atuação desses grupos nessas esferas, que se mostram mais propensas a sofrer influência de externalidades, a atividade no país inteiro pode se tornar inviável.

Ainda que não se observe tão somente a questão da delegação, imperioso ressaltar que alguns pontos da Lei nº 13.640/2018 oneram o serviço de aplicativos como a Uber: a tributação (que tanto interessa aos Municípios) e a exigência de contratação do seguro para Acidentes Pessoais a Passageiros (APP), além de outras formalidades, gerarão custos que serão repassados aos consumidores.

Isso beneficia o grupo de pressão dos taxistas, pois a criação de mais entraves para a prestação do serviço e o aumento da burocracia diminuem a facilidade e a presteza das operações, o que parece agradar os taxistas, cujo maior diferencial em relação à Uber reside no preço praticado: em Porto Alegre, por exemplo, o serviço de aplicativos chega a ser 40% mais barato (HIGA, 2016).

Não se olvide que esse mesmo grupo de pressão já goza de vantagens não estendidas aos motoristas de aplicativos: em diversos Estados, como no caso do Rio de Janeiro, estão isentos do pagamento

de IPVA (art. 5º, XI da Lei nº 2.877/97); por força do Convênio ICSM 38/01, também estão isentos do pagamento de ICMS na compra de veículos 0km; e por força da Lei nº 8.989/95 e da Lei nº 8.383/1991 estão isentos também de IPI e IOF.

É sempre bom ressaltar que embora a Lei nº 12.587/2012 permitisse a regulamentação do serviço, caso esta não ocorresse, não haveria qualquer pecha de legalidade ou constitucionalidade. A intervenção deliberada do Estado na economia, da maneira e nos moldes que se deram, demonstram atuação calculada, planejada, que sob o pretexto de trazer “segurança”, pode gerar um efeito contrário e ainda onerar o valor dos serviços, prejudicando os consumidores – que, frise-se, aprovam amplamente o serviço antes mesmo da regulamentação.

A regulamentação, da maneira que proposta e considerando os bastidores que precederam sua edição, encarta interesses particulares em detrimento do próprio interesse público e, principalmente, do interesse do consumidor. É importante ressaltar que também está alçado ao patamar de princípio da ordem econômica a defesa do consumidor (art. 170, V, da Constituição Federal).

Nesse particular, a lição do economista austríaco Ludwig Von Mises (2010, p. 36) mostra-se atual e sábia: “*Os consumidores e não os empresários determinam o que deve ser produzido. Numa economia de mercado o consumidor é o soberano. É ele quem manda, e o empresário tem que se empenhar, no seu próprio interesse, em atender seus desejos da melhor maneira possível*”.

Assim, iluminando a regulamentação do Uber (Lei nº 13.460/2018) pelas lições da Teoria da Escolha Pública, observa-se que o legislador buscou atender os interesses de grupos de pressão, em detrimento do próprio interesse público e da melhor escolha para o consumidor. Atuação passível de crítica, uma vez que pode causar mais insegurança jurídica; onerar ainda mais os consumidores do serviço; e, por fim, destoar dos princípios da livre iniciativa, da defesa do consumidor e da livre concorrência.

## 5. CONCLUSÃO

No presente trabalho, buscou-se analisar os detalhes da regulamentação do sistema Uber (transporte remunerado privado individual de passageiros), advinda com a Lei nº 13.460/2018 à luz da Teoria das Escolhas Públicas. Em proêmio, foram ressaltados os princípios que regem a ordem econômica da República Federativa do Brasil, destacando-se a livre iniciativa e a livre concorrência.

Considerando o conteúdo desses princípios, que possuem força normativa, é possível concluir que qualquer intervenção do Estado no domínio econômico deve ser comedida no que tange às restrições e entraves para um agente de mercado colocar seus produtos e serviços em circulação, assim como eventuais ingerências devem ser vistas com parcimônia, pois a concorrência há de ser salutar e beneficiar, sobretudo, os consumidores – cuja defesa também é princípio da ordem econômica.

A chegada da Uber no Brasil, assim como de outros aplicativos, possibilitou ao consumidor experimentar um novo serviço que se mostrou mais barato e eficiente do que até então existia solitário (o serviço de taxis). Houve grande celeuma sobre o assunto, pois de um lado suscitaram a ilegalidade do serviço; e, de outro, sua possibilidade de atuação, ainda que sem regulamentação.

Essa última posição, sempre bom salientar, se mostra acertada, seja pela redação da Lei nº 12.587/2012 que distingue o transporte remunerado individual de passageiros entre “público” e privado; seja pela interpretação constitucional que se dê ao caso, forte nos princípios constitucionais da ordem econômica, mencionados alhures; seja pela voz de autorizada doutrina que apontou nesse sentido: Daniel Sarmiento, José Joaquim Gomes Canotilho e Nancy Andrighi.

Interessante observar que os serviços de aplicativos do sistema Uber possuem, sim, regulamentação. A esmagadora maioria dos fatos jurídicos que ocorrem nessa dinâmica de prestação de serviços já são abarcados por outros diplomas em nosso ordenamento jurídico. O

pedido da corrida deflagra, de pronto, a instauração de uma relação jurídica de consumo, regulada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Se, a título de exemplo, o motorista ofenda um passageiro ou cause danos de ordem patrimonial, o Código Civil trata de maneira cristalina sobre o assunto. Se lhe ofenderem a dignidade ou decoro, ocorrendo o crime de injúria, o Código Penal dispõe sobre o assunto. O veículo automotor, inserido no trânsito de via terrestre, sujeita-se ao Código de Trânsito Brasileiro.

Ademais, a Uber institui uma série de requisitos para a entrada de um motorista: o veículo deve ser de 2008 ou mais novo, ter quatro portas, ar condicionado e capacidade para cinco lugares; o CNH e CRLV válidos; além de ter que apresentar certidão negativa de antecedentes criminais.

A ideia propagada por grupos de interesse de que o serviço seria “clandestino”, “sem regras” e estaria atuando à margem da lei não se mostra razoável, estando divorciada da realidade dos fatos. Aliás, pode-se concluir que a Lei nº 13.460/18, objeto de nossa investigação, repisou requisitos que já estão previstos no ordenamento jurídico brasileiro ou no regulamento das empresas de aplicativo.

Aqui o cerne da questão e a pergunta fundamental: por qual razão decidiu o Congresso Nacional editar uma lei que repete requisitos já existentes mas, ao mesmo tempo, delega ao crivo dos Municípios outros requisitos pertinentes à regulamentação? Várias hipóteses podem ser suscitadas, uma em especial demonstra robustez: a influência de grupos de pressão.

Nesse particular, a Teoria das Escolhas Públicas ajuda a elucidar a controvérsia, pois ao analisar a dinâmica do processo político com base nas lições de microeconomia, é capaz de desconstruir a visão idealizada de que os agentes públicos atuam sempre em observância ao interesse público e ao bem comum, da coletividade. Revela que, em verdade, podem estar agindo em determinadas situações na defesa de grupos de interesse organizados (sindicatos, associações) que

influenciam na tomada de decisões relevantes.

Pode-se concluir, com base nesses ensinamentos, que os grupos de pressão, de maneira organizada, visam controlar os rumos das políticas públicas e das normas produzidas, com vistas a maximizarem seus interesses particulares. Os taxistas, em especial, dão indícios robustos de que participam ativamente dessas decisões: possuem lei federal regulamentando a sua profissão (Lei nº 12.468/2011); têm isenção de IPVA em diversos Estados; têm isenção de ICMS, IPI e IOF e exploravam sozinhos o mercado do transporte individual de passageiros.

A regulamentação advinda pela Lei nº 13.460/2018, portanto, parece ter sido fruto da pressão de um grupo em específico o que não se harmoniza com os princípios da ordem econômica. A livre iniciativa, nesse caso, dispensava a existência de regulamentação, sendo que qualquer intervenção deveria ter sido feita com a mais absoluta prudência; no que tange à livre concorrência, a regulamentação apresenta caráter duvidoso, pois onera e burocratiza a prestação dos serviços de aplicativos para colocar, sob argumento de “paridade” com os taxistas<sup>5</sup>.

Os custos advindos das exigências que poderão ser implementadas por cada localidade serão repassados, inexoravelmente, aos consumidores, cuja proteção também é princípio da ordem econômica. Não parece ter sido observada a opinião desses agentes, que aprovavam o serviço em 98,5% antes da regulamentação e que pagavam até 40% no valor do serviço prestado, em relação ao táxi.

Dessarte, não parece ter andado bem o legislador no caso sob apreço. Se, por um lado, resolveu a celeuma de ordem conceitual, não se atentou a mandamentos constitucionais relevantíssimos, abriu espaço para a insegurança jurídica e indica ter cedido a grupos de pressão organizados, que se beneficiarão da medida em detrimento da população em geral.

---

5 Curiosamente não se observou qualquer avanço no sentido das isenções (IPVA, IOF, ICMS, IPI) já deferidas aos taxis.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Bruno do. Índice de satisfação do *Uber no Brasil é de 98,5%*. Disponível em: <<http://teletime.com.br/16/11/2015/indice-de-satisfacao-do-uber-no-brasil-e-de-985/>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

AMARAL, Francisco. A liberdade de iniciativa econômica. Fundamentos, natureza e garantia constitucional?. Revista de Informação Legislativa, v. 19, nº 14, 1986.

AVILA, Humberto. Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BORGES, André. Democracia vs. eficiência: a teoria da escolha pública. Revista Lua Nova [online]. 2001, n.53, pp.159-179.

BUCHANAN, James. The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan. USA: University of Chicago Press, 1975, p. 33.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Parecer realizado em favor da empresa Uber, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-06/parecer-canotilho-defende-legalidade-servicos-uber>>. Acesso em 16 de abr. 2018.

CRUNCHBASE. *99 taxis*. Disponível em: <<https://www.crunchbase.com/organization/99taxis>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

DOWNS, Anthony. An Economic Theory of Democracy. Nova York: Harper And Row, 1957, p. 26.

EPOCA. *Uber tem 13 milhões de usuários no Brasil*. Disponível em <<https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2017/04/epoca-negocios-uber-tem-13-milhoes-de-usuarios-no-brasil.html>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

FORGIONI, Paula Andrea. Princípios constitucionais econômicos e princípios constitucionais sociais: A formação jurídica do mercado brasileiro. In: Direito: teoria e experiência: estudos em homenagem a Eros Roberto Grau [S.l.: s.n.], v. 1. 2013.

G1. *Em vídeo, presidente de sindicato de taxistas ameaça Uber e critica Haddad*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/01/em-video-presidente-de-sindicato-de-taxistas-ameaca-uber-e-critica-haddad.html>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

G1. *Uber, 99 e Cabify comemoram regulamentação do transporte por aplicativo aprovada pela Câmara*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/uber-e-outros-apps-comemoram-regulamentacao-do-transporte-por-aplicativo-aprovada-pela-camara.ghml>>. Acesso em: 13 de abr. de 2018.

GRAU, Eros. Ordem Econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2015.

HIGA, Paulo. *Táxi ou Uber? Um comparativo dos preços das corridas em cinco cidades*. Disponível em: <<https://tecnoblog.net/188610/taxi-ou-uber-preco-qual-mais-barato/>>. Acesso em: 15 abr. 2018

JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. Congelamento de preços – tabelamentos oficiais. Revista de Direito Público. nº 91, p. 77, 1989.

MORENO, Thiago. *O que é preciso para ser motorista do Uber?*. Disponível em: <<http://>

[www.icarros.com.br/noticias/geral/o-que-e-preciso-para-ser-motorista-do-uber-/21114.html](http://www.icarros.com.br/noticias/geral/o-que-e-preciso-para-ser-motorista-do-uber-/21114.html)>. Acesso em: 16 de abr. de 2018.

MISES, Ludwig von. *Intervencionismo, uma análise econômica*. Brasil, 2010, p. 20. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil.

O POVO. *Taxistas e motoristas da Uber entram em confronto no aeroporto de Fortaleza*. Disponível em: <<https://www.opovo.com.br/noticias/fortaleza/2018/03/taxistas-e-motoristas-da-uber-entram-em-confronto-no-aeroporto-de-fort.html>>. Acesso em 16 abr. 2018.

PEREIRA, Paulo Trigo. *Governabilidade, grupos de pressão e o papel do Estado, A Reforma do Estado em Portugal: problemas e perspectivas*. Lisboa, 2001.

SALOMÃO, Karin. *Brasil já é maior país para Cabify, que tem de táxi a helicóptero*. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/negocios/brasil-ja-e-maior-pais-para-cabify-que-tem-de-taxi-a-helicoptero/>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

SANTOS, Wanderley G. dos. *Décadas de Espanto e uma Apologia Democrática*. Rio de Janeiro: Rocco, 1998, p. 47.

SARMENTO, Daniel. *Ordem constitucional econômica, liberdade e transporte individual de passageiros: o caso Uber*. Revista Brasileira de Direito Público: RBDP. Belo Horizonte, v. 13, n. 50, p. 9-39, 2015.

SCAFF, Fernando Facury. *Efeitos da Coisa Julgada em Matéria Tributária e Livreconcorrência*. in: *Coisa Julgada, Constitucionalidade e Legalidade em Matéria Tributária*. coord. Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética, 2006.

SILVEIRA, Marilda de Paula. *Segurança Jurídica, Regulação, Ato – Mudança, Transição e Motivação*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

SOUZA, Leandro. *Uber chega ao Brasil e não quer polêmica*. Disponível em: <<https://www.baguete.com.br/noticias/27/05/2014/uber-chega-ao-brasil-e-nao-quer-polemica>>. Acesso em: 16 de abr. 2018.

SPIGARIOL, André. *Exclusivo: Projeto de Lei que regulamenta o Uber no Brasil foi redigido no Sindicato de Taxistas de São Paulo*. Disponível em: <<https://spotniks.jusbrasil.com.br/noticias/503450870/exclusivo-projeto-de-lei-que-regulamenta-o-uber-no-brasil-foi-redigido-no-sindicato-de-taxistas-de-sao-paulo>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

THOMAS, Clive (ed.), in “Research Guide to U.S. and International Interest Groups”, Westport: Praeger, 2004.

# TUTELA DO CONSUMIDOR DE CRÉDITO NOS TRINTA ANOS PÓS-1988

Frederico Oliveira Silva<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

O movimento consumerista teve suas bases lançadas na década de 1970, nos Estados Unidos da América, com a tomada de consciência por parte de sociólogos, filósofos e antropólogos dos riscos que a sociedade de consumo impinge aos consumidores, sua força motriz. A reafirmação do sistema capitalista de produção, voltado à maximização de lucros, demandou o incremento da circulação de riquezas, o que foi bem desempenhado pelo consumo de bens com valor agregado.

Os apelos publicitários e a criação de necessidades em série pelo *marketing* se tornaram aliados na prospecção e exploração de mercados. Descompassadamente, todavia, os consumidores se viam à mercê dos fornecedores de produtos e serviços, dependentes de sua honestidade e boa-fé, que pouco resistiam à possibilidade de ganhos exorbitantes.

Atento à força econômica dos consumidores e ao desprestígio legislativo por eles vivenciado, o movimento consumerista bradava pela identificação, regulamentação, prevenção e defesa de seus interesses e necessidades.

O Direito do Consumidor brasileiro, contudo, não se desenvolveu a partir de situações concretas paulatinamente regulamentadas

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal de Goiás. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Goiás. Possui pesquisas em Direito do Consumidor, com ênfase em crédito e superendividamento. Advogado. Contato: fredericooliveirasilva@hotmail.com.

pelo legislador e posteriormente compiladas de maneira inortodoxa. Ao invés disso, foi construído metodicamente em torno de determinação constitucional, por meio da qual passou a constituir a axiologia e a principiologia do ordenamento positivo. Em verdade, somente após 1988, com a promulgação da Constituição Cidadã, é que a disciplina passou a integrar o roteiro jurídico nacional (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2014, p. 34).

Esse surgimento meteórico, respaldado em imperativo categórico, prescindiu de lutas de associações de consumidores ou de mobilizações da sociedade de consumo. Afinal, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 reconheceu de plano, como *favor debilis*, os fundamentos constitutivos desse novo ramo. Com o advento da atual Carta Magna brasileira, operou-se, em todas as ramificações infraconstitucionais, a evolução da tutela de direitos subjetivos específicos para a concepção de direitos difusos ou coletivos, a exemplo do consumerista (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2014, p. 36).

A estruturação da disciplina no Brasil, então, sucedeu sua gênese a nível mundial, que despontou nos Estados Unidos da América, em 1962, com o discurso do Presidente John Kennedy no Congresso norte-americano sobre a necessidade de proteção do consumidor, passando pela Conferência Mundial do Consumidor realizada em 1972 em Estocolmo e pela Carta Europeia de Proteção ao Consumidor, datada do mesmo ano, até desaguar na Resolução 39/248 de 1985 da Organização das Nações Unidas (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2014, p. 68-9).

O movimento consumerista brasileiro, superando as reflexões iniciais sobre o conteúdo e validade da disciplina, teve outros obstáculos a contornar. Suas discussões centraram-se na implementação de determinação constitucional específica que, acolhendo experiências congêneres estrangeiras, sinalizou o abandono do direito privado clássico, então representado pelo Código Civil de 1916 (Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916, revogada), em prol do solidarismo,

consubstanciado no núcleo mínimo de direitos fundamentais (MIRAGEM, 2013, p. 37).

As reminiscências de quase um século sob a égide do modelo contratual único do diploma civilista de 1916, enquanto os influxos consumeristas já fervilhavam nos Estados Unidos da América e na Europa, tornaram o Direito do Consumidor brasileiro atrasado às suas demandas (NUNES, 2014, p. 39-40). Dessa forma, foi necessário um verdadeiro corte – “transversal” para Claudia Lima Marques (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2014, p. 33) – nas relações entre contratantes, a fim de imprimir-lhes a feição de figuras jurídicas até então descaracterizadas: consumidores e fornecedores.

Essa mudança de paradigmas ecoou em todos os contratos civilistas, entre eles o de concessão de crédito, a representar uma eficácia também entre os particulares da determinação constitucional de que a defesa do consumidor é um direito fundamental.

Neste trabalho, oportunamente, serão empreendidas uma reflexão e uma recapitulação de como a *constituição cidadã* transformou o *tomador* em um *consumidor* de crédito e quais os efeitos dessa mudança para a experiência jurídica nacional nos trinta anos posteriores a 1988.

## 2. EPISTEMOLOGIA DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Demonstra Bruno Miragem (2013, p. 35) que o Direito do Consumidor é pós-moderno, porque busca a superação do paradigma individualista tipicamente civilista por providências legislativas mitigadoras da desigualdade fática, seja ela de ordem econômica ou informacional, no que é seguido por Fernando Costa de Azevedo (2009, p. 38-40).

Nessa perspectiva, o Direito do Consumidor reconhece a tensão de forças entre consumidor e fornecedor, tendo por objeto a regulamentação dessa relação desigual e o estabelecimento de normas protetivas daquele em face deste. Para tanto, altera substancialmente a disciplina apoiada no direito privado clássico, desaguando sobremaneira na

responsabilidade civil objetiva da parte hipersuficiente do contrato de consumo, elegendo a assunção do risco como critério determinante, em detrimento da culpa (MIRAGEM, 2013, p. 40-1).

Mitigou-se a neutralidade legislativa que presumia a isonômica capacidade negocial das partes contratantes em prol da realidade fática de dependência e submissão do consumidor à expertise e ao poder de direção contratual do fornecedor.

Com efeito, a inversão da presunção legal em benefício da hipossuficiência do consumidor teve respaldo no enfrentamento das distorções das relações de consumo como problemas da coletividade. O consumidor é uma realidade social antes de uma construção jurídica.

As transformações sociais que impulsionaram o abandono do individualismo civilista para o reconhecimento do solidarismo social, inclusive consumerista, são colacionadas por Rizzatto Nunes (2014, p. 40-4) e Bruno Miragem (2013, p. 38-40). Segundo os autores, as mudanças mais sensíveis no ordenamento civilista se deram justamente em seus dogmas: a autonomia da vontade, o contrato, o direito de propriedade e, envolvendo os anteriores, a máxima do *pacta sunt servanda*.

Continuam os juristas apontando que, em decorrência da Primeira Guerra Mundial, as nações envolvidas ou afetadas pelo conflito e seus cidadãos já não se viam em condições de adimplir seus compromissos. Surgiu, assim, a teoria do abuso do direito, que impôs limitações à autonomia da vontade, impedindo a execução do mínimo existencial dos devedores e forçando os credores (faticamente, embora não legalmente) à renegociação.

Com o desenvolvimento da doutrina da finalidade social dos direitos subjetivos, também o exercício do direito de propriedade, até então absoluto e latifundiário, viu-se adstrito ao uso produtivo e à ameaça de reforma agrária. Depreende-se dos autores que foi nesse cenário que se desenvolveu a teoria da imprevisão (e a cláusula *rebus sic stantibus*) para mitigar os efeitos da mora imprevisível (caso fortuito)

e inevitável (força maior). Após a quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque, em 1929, somada aos reflexos das sucessivas crises econômicas mundiais que a antecederam, essa teoria se desenvolveu ainda mais, impondo a revisão do contrato (que se tornara excessivamente oneroso) como questão de justiça contratual.

Com o Pós-Segunda Guerra Mundial, as tecnologias desenvolvidas para beligerância foram revertidas como impulso à linha de produção e ao capitalismo. Miragem e Nunes observam que o consumo em massa, alavancado pelo excesso de estoque e propulsionado pela atividade publicitária, acarretou a despersonalização e massificação dos contratos. A adesão contratual permitia à parte consumidora apenas a escolha de celebrar ou não a avença, sem poder influir em seu conteúdo.

Nesse empuxo histórico, convergem os doutrinadores, é que a igualdade formal da Revolução Francesa, que já fora tão importante para a ascensão social de classes não pertencentes à nobreza ou ao clero, tornou-se obsoleta e inadequada à contratação no consumo massificado. Com essa perspectiva, buscou-se na igualdade material aristotélica (justiça distributiva e protetiva) a diretriz para o afastamento daquela neutra presunção civilista em favor do reconhecimento da vulnerabilidade e necessidade de especial proteção do consumidor.

Quanto ao Brasil, o mandamento constitucional de proteção do consumidor e o Código de Defesa do Consumidor (CDC – Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990) surgiram quando da vigência do Código Civil de 1916, sabidamente individualista e patrimonialista. Inserido em uma política de direitos fundamentais e garantias individuais da Carta Magna, o CDC subsistiu às discrepâncias do ordenamento privado e, vitorioso, viu florescer a renovação do direito civil, atualmente regido no Código Civil de 2002 (Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002) (MIRAGEM, 2013, p. 32). O novo diploma civilista também se curvou ao solidarismo constitucional e, para além da “interpretação conforme” imposta ao seu antecessor, apresentou redação mais adequada à defesa do cidadão empreendida

pela Constituição de 1988.

Em linhas gerais, o CDC teve seu âmbito de aplicação reconhecido, posto que delimitado pelos conceitos de seus sujeitos (consumidor e fornecedor) e objeto (produtos e serviços). Todavia, sua maior demonstração de autonomia em face do ordenamento privado se deu com a ascensão da responsabilidade objetiva do fornecedor que, enquanto mero contratante no Código Civil, tinha seus encargos por atos ilícitos condicionados à demonstração de culpa (TIMM, 2005, p. 158-62).

Persistente, o CDC teve sua teoria objetiva contemplada pelo novo Código Civil de 2002, em seu artigo 927, que admite exceções à sua regra geral de responsabilidade civil, que continua subjetiva. Isso reforça o entendimento de que se instaurou uma relação de complementariedade, e não de exclusão entre o Direito Civil e o Direito do Consumidor (MIRAGEM, 2013, p. 41).

### **3. O ORDENAMENTO CONSUMERISTA BRASILEIRO**

O ordenamento consumerista brasileiro, como demonstrado, tem status constitucional e foi erigido com base na proposição legislativa da Carta Magna da proteção do consumidor como direito e princípio fundamental. Essa tutela esboçada pela Constituição de 1988 foi delegada a um sistema de caráter normativo, que fosse mais sensível aos fatos da vida e menos engessado frente à dinâmica econômica e social.

Nessa perspectiva, o CDC inaugurou um novo microsistema de direitos e deveres: o das relações de consumo. Tal fenômeno se insere naquele contexto comum aos países ocidentais de afastamento tanto dos modelos liberais-individualistas quanto da concepção clássica-liberal de Constituição. Com efeito, a difusão da dignidade da pessoa humana como imperativo normativo aproximou as esferas públicas e privadas, dado que, para sua efetivação, foi experimentada uma maior ingerência dos ditames constitucionais em matérias

tradicionalmente atribuídas a leis ordinárias, como o Código Civil (MIRAGEM, 2013, p. 45-8).

Com isso, no Brasil, a Constituição de 1988 foi veículo de publicização do Direito Civil, cujo tripé contrato-família-propriedade recebeu uma quarta base: a pessoa. A promoção do ser humano em suas projeções física, psíquica, social, econômica e afetiva foi forçosamente atribuída pela Carta Magna ao Código Civil de 1916, então vigente. O sistema civilista brasileiro, assim, teve suas normas conformadas e condicionadas à teleologia constitucional, a exemplo da função social, da qualidade do meio-ambiente e da própria defesa do consumidor.

De tal sorte, embora afeita à esfera privada, a tutela do consumidor no Brasil é dotada de cogência, sendo verdadeiramente de ordem pública, de observância obrigatória.

A Constituição Federal de 1988 (...) é o centro irradiador e o marco de reconstrução deste direito privado brasileiro, mais social e mais preocupado com os vulneráveis, um direito privado que denominei aqui de “solidário”. A Constituição é *a garantia e o limite* de um direito privado construído sob seu sistema de valores, o qual inclui a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII; art. 170, V; e art. 48 ADCT-CF/1988). (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2014, p. 96, grifos do autor.)

Claudia Lima Marques (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2014, p. 61), nessa perspectiva, empenha a alcunha “microsistema” para esse novo ramo do direito que, dotado de independência instrumental e autonomia funcional, orbita em torno do Código Civil, posto que representa um recorte no conteúdo do direito privado, antes totalmente centralizado no diploma civilista:

Mister é, pois, analisar o CDC como sistema, como contexto construído, codificado, organizado, de identificação do sujeito beneficiado. Como é um pequeno sistema, especial, subjetivamente e, geral, materialmente, utilizaremos aqui a expressão de Natalino Irti, microsistema, para o descrever. O doutrinado italiano Natalino Irti introduziu em 1979, no seu famoso livro *L'età della decodificazione*, a expressão microcodificação ou microcódigo, para designar os novos

códigos do século XX, que, diferentemente dos códigos gerais dos séculos XVIII e XIX, não tinham mais a pretensão de completude, de tratar totalmente de uma matéria, mas sim de reunir ordenadamente algumas normas sobre um tema especial e com isso ajudar o intérprete, com o efeito, porém, de retirar esta matéria do Código geral, fenômeno que ficou conhecido como “descodificação” (criação de leis especiais e pequenos códigos com temas retirados do Código Civil ou Comercial, como o direito do trabalho, do meio ambiente, do consumidor, a propriedade intelectual etc.). Em seu livro, em 1979, sobre esta nova era da descodificação, perguntava-se “como salvar o Código Civil”. Respondia que, na década de 70, houve uma “fuga do Código Civil” através da descodificação em microssistemas, e hoje o Código Civil italiano de 1942 teria apenas uma função residual e de um dos “centros” do direito privado (*il policentrismo e la funzione residuale del codice civile*). (Grifos do autor.)

O eixo gravitacional do Direito do Consumidor, para efeitos da analogia apresentada, é determinado pela Constituição de 1988, que “exprime um conjunto de normas supremas, que demandam incondicional observância” (NUNES, 2014, p. 46), impondo uma órbita comum – a dos direitos individuais e garantias fundamentais – ao CDC e ao Código Civil.

Nessa peculiar forma de convivência, com ingerências recíprocas em prol de um bem comum, como se mutualismo fosse, Claudia Lima Marques enxerga um “diálogo das fontes” – “diálogo’ porque há influências recíprocas, ‘diálogo’ porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente” (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2014, p. 130).

### 3.1. A TUTELA CONSTITUCIONAL DO CONSUMIDOR

A proteção do consumidor pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é bivalente – é direito fundamental e também princípio da ordem econômica. Nesse sentido, a localização topográfica do dispositivo de proteção do consumidor na Constituição de 1988 sugere sua classificação como direito fundamental

– artigo 5º, inciso XXXII. Vale dizer, o constituinte, alocando tal comando no Capítulo I (“Dos direitos e deveres individuais e coletivos”), especificamente em seu Título II (“Dos direitos e garantias fundamentais”), pretendeu deixá-lo a salvo dos ânimos legislativos e de interpretações restritivas (MIRAGEM, 2013, p. 48-56).

A defesa do consumidor, enquanto direito fundamental, integra a base axiológica sobre a qual deve ser erigido o ordenamento jurídico nacional. É, portanto, preceptivo hierarquicamente superior voltado especificamente para a proteção do consumidor, decorrente da constatação fática de desequilíbrio entre os sujeitos da relação de consumo. Para o doutrinador, a norma, então, é corretiva das distorções na capacidade negocial das partes e, portanto, promotora daquela isonomia material aristotélica. É uma forma de “vinculação direta dos particulares com os direitos fundamentais” (CARVALHO, 2011, p. 69).

Em última instância, é também um direito humano, fundado no reconhecimento da necessidade de consumir (o que muitas vezes retira a capacidade de barganha da parte consumidora, vulnerabilizando-a) e assentado no próprio imperativo da dignidade da pessoa humana, que, pelo artigo 1º, inciso III, da Constituição de 1988, é fundamento da República Federativa do Brasil (MIRAGEM, 2013, p. 51-5).

Essa dupla classificação – direito fundamental e direito humano – é parte da teoria de Robert Alexy (2011, p. 10-1):

Entre direitos do homem e direitos fundamentais existe uma relação estreita. Direitos do homem são definidos por cinco características. Eles são (1) universais, (2) fundamentais, (3) preferenciais, (4) abstratos e (5) morais. Como direitos morais, eles têm um caráter suprapositivo. Rigorosamente isso distingue-os dos direitos fundamentais. Direitos fundamentais são direitos que foram acolhidos em uma constituição com o intuito ou com a intenção de positivizar direitos do homem. (...) A positivação não anula a validade moral dos direitos do homem. Ela acrescenta-lhe somente uma validade jurídica. Com isso estão, no conceito de direitos fundamentais, necessariamente, unidos direito e moral.

Trata-se, portanto, de visível manifestação da publicização do direito privado em prol do solidarismo constitucional, conforme avalia Claudia Lima Marques:

A Constituição Federal de 1988 serve, assim, de centro valorativo, centro sistemático-institucional e normativo também do direito privado (*força normativa da Constituição*), um novo direito privado brasileiro (garantido e moldado pela ordem pública constitucional, limitado e consubstanciado pelos direitos fundamentais aí recebidos), um direito *coerente*, com manutenção do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), em sua inteireza, mesmo depois da entrada em vigor de um Código Civil (Lei 10.406/2002), que unificou as obrigações civis e comerciais e revogou grande parte do Código Comercial de 1850. Como ensinava Orlando Gomes, é a chamada constitucionalização do direito privado brasileiro aos novos tempos e a esta nova sociedade de consumo (...). (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2014, p. 38, grifos do autor.)

Todavia, Miragem, alerta que, a despeito de sua superioridade hierárquica, a potencialidade de realização do comando constitucional de defesa do consumidor é limitada, dependente de disciplinamento infraconstitucional, como expressamente prevê o artigo supracitado com a expressão “na forma da lei”. Assim, o dispositivo encerra um dever do Estado, que é incumbido de promovê-lo por meio do legislador ordinário. Vale dizer, em face do Estado, a defesa do consumidor é uma norma de atuação positiva:

Com relação ao direito do consumidor, tomando por base a doutrina dos direitos fundamentais de Robert Alexy, podemos identificá-los como espécies de *direitos de proteção*, pelos quais o titular do direito exerce-o frente ao Estado para que este o proteja da intervenção de terceiros. Neste sentido, o direito do consumidor se compõe, antes de tudo, em *direito à proteção do Estado contra a intervenção de terceiros*, de modo que a qualidade de consumidor lhe atribui determinados direitos oponíveis, em regra, aos entes privados, e em menor grau (com relação a alguns serviços públicos), ao próprio Estado (*e.g.* o artigo 22 do CDC). (MIRAGEM, 2013, p. 49, grifos do autor.)

A segunda forma de manifestação constitucional pela defesa do

consumidor é seu enquadramento dentre os princípios fundamentais da ordem econômica (artigo 170, inciso V, da Constituição de 1988). Com isso, a tutela do consumidor assume caráter interventivo e promocional, determinando o sentido e conformando o alcance e a aplicação das normas regulamentadoras da ordem econômica (MIRAGEM, 2013, p. 55-6).

É o que ensina Eros Roberto Grau (2010, p. 253) em estudo sobre a ordem econômica:

Outro dos princípios da ordem econômica (...) é o da *defesa do consumidor* (art. 170, V). *Princípio constitucional impositivo* (Canoilho), a cumprir dupla função, como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna e objetivo particular a ser alcançado. No último sentido, assume a feição de *diretriz* (Dworkin) – norma-objetivo – dotada de caráter *constitucional conformador*, justificando a reivindicação pela realização de políticas públicas. (Grifos do autor.)

Corroborando o exposto, Rizzatto Nunes (2014, p. 50) adverte que, sendo princípio e norma hierarquicamente superior, a defesa do consumidor, ainda que em colisão com outras determinações constitucionais, jamais pode ser descartada pelo intérprete:

No que respeita às normas constitucionais que tratam da questão dos direitos e garantias do consumidor, elas são várias, algumas explícitas, outras implícitas. A rigor, como a figura do consumidor, em larga medida, equipara-se à do cidadão, todos os princípios e normas constitucionais de salvaguarda dos direitos do cidadão são também, simultaneamente, extensivos ao consumidor pessoa física. Dessarte, por exemplo, os princípios fundamentais instituídos no art. 5º da Constituição Federal são, no que forem compatíveis com a figura do consumidor na relação de consumo, aplicáveis como comando normativo constitucional. Lembre-se, como dissemos, que o motivo que deve levar todo estudioso de qualquer sistema dogmático infa-constitucional à análise, em primeiro lugar, dos princípios e normas da Constituição aplicáveis ao setor jurídico escolhido é simplesmente o fato irretorquível da hierarquia do sistema jurídico.

Defende-se, assim, que sempre que a defesa do consumidor for confrontada com outra garantia jurídica, a questão deverá ser tratada

como conflito aparente de normas e, conseqüentemente, solucionada pela técnica jurídica da ponderação (ALEXY, 2011, p. 155). Ainda que nem sempre preponderante, a mera necessidade de consideração da proteção do consumidor quando da adoção de medidas econômicas ou da solução de antinomias já demonstra a cogência constitucionalmente atribuída à disciplina (MIRAGEM, 2013, p. 55).

### 3.2. O MICROSSISTEMA JURÍDICO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O fundamento constitucional e a sede legislativa do Direito do Consumidor brasileiro se encontram no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal de 1988, e no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), anexo ao mesmo diploma:

Bruno Miragem (2013, p. 56-60), adotando a classificação de José Afonso da Silva, (2003, p. 82-83) enquadra o direito fundamental da defesa do consumidor como norma constitucional de eficácia limitada, razão pela qual o artigo 48 do ADCT determina que uma codificação desça às minúcias legislativas necessárias à concretização do comando constitucional. Defende o autor que, por força da regra interpretativa segundo a qual o texto legal não veicula palavras inúteis, o legislador constitucional teria se referido exatamente a um código, no sentido de sistematização de regras e princípios.

Dessa forma, o doutrinador conclui que o Código de Defesa do Consumidor é lei ordinária estruturada – conforme indica seu nome – de forma codificada, com o objetivo de abarcar todas as normas de proteção do consumidor no Brasil. Além disso, por força do princípio da unidade da Constituição, é norma constitucional material<sup>2</sup>, posto que realiza o direito fundamental determinado – e delegado – pela Carta Magna.

Pelas lições de José Afonso da Silva, é adequada tal proposição:

*A constituição material é concebida em sentido amplo e em sentido*

2 Em sentido contrário, cf. REALE, Miguel. *Aplicações da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 47.

estrito. No primeiro, identifica-se com a organização total do Estado, como regime político. No segundo, designa as normas constitucionais escritas ou costumeiras, inseridas ou não num documento escrito, que regulam a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos e os direitos fundamentais. Neste caso, constituição só se refere à matéria essencialmente constitucional; as demais, mesmo que integrem uma constituição escrita, não seriam constitucionais. (SILVA, 2002, p. 40-1, grifos do autor.)

Sobre a formatação do CDC, é o abalizado parecer de Claudia Lima Marques:

O CDC, como codificação, é parcial, é uma pequena (micro) codificação especial, privilegiadora de um sujeito ou grupo de sujeitos. O CDC é um conjunto de normas sistematicamente organizado, destacando-se os três capítulos iniciais como os mais importantes de seu “sistema” (= ordem, todo construído, corpo, limite), a definir seu campo ou âmbito de aplicação (ao que se aplica esta lei), os objetivos (para que se aplica a lei), os princípios básicos da lei (como se aplica valoradamente este (*sic*) lei) e os direitos básicos do consumidor (assegura o nível de eficácia de aplicação desta lei). Em outras palavras, nos três primeiros capítulos do CDC encontra-se uma espécie de parte geral do direito do consumidor (arts. 1.º a 7.º do CDC). Estas definições, princípios e direitos guiam, iluminam e se aplicam a todas as normas posteriores do Código, isto é, da parte especial (arts. 8.º a 119 do CDC), especificando, narrando e concretizando a tutela constitucionalmente assegurada ao consumidor. (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2014, p. 60.)

Suas prerrogativas de lei especial e de matiz constitucional e sua formação estrutural conglobante dotaram o CDC de coerência e homogeneidade, além de permitir sua autonomia e a expansão de seu alcance. A unidade do CDC é especialmente consubstanciada – e proporcionada – pela Política Nacional de Relações de Consumo estabelecida em seu artigo 4º como instrumento de efetivação do direito fundamental da defesa do consumidor (MIRAGEM, 2013, p. 57-8).

A entrada em vigor de uma *lei de função social* traz como consequência modificações profundas nas relações juridicamente relevantes na sociedade, em especial quando esta lei, como o CDC, introduz um rol de direitos [art. 6.º] (...). No caso do CDC, esta lei de *função*

*social* intervém de maneira imperativa em relações jurídicas de direito privado, antes dominadas pela ideia de autonomia da vontade (autonomia privada ou das partes). Para tanto, inicia estabelecendo uma política nacional para as relações de consumo (Capítulo II), onde vai consolidar (e esclarecer ou narrar) seus objetivos (art. 4.º), impondo justamente princípios (normas superiores e abertas, sobrenormas) que devem ser obedecidos no mercado de consumo. (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2014, p. 71, grifos do autor.)

A Política Nacional de Relações de Consumo é, assim, um conjunto de normas principiológicas que, seguindo a técnica legislativa aplicada a todo o CDC, é constituído de cláusulas abertas e conceitos abstratos, cuja imprecisão conceitual imprime ao Direito do Consumidor brasileiro maior flexibilidade para subsunção aos casos concretos e mais maleabilidade para acompanhar as mudanças da sociedade de consumo, diminuindo a velocidade de sua obsolescência.

Com o mesmo viés, o artigo 6º do CDC elenca os direitos básicos do consumidor, todos coadunados com os objetivos arrolados no artigo acima compilado. Enfatizando seu âmbito de incidência, o artigo 1º do diploma reafirma a natureza jurídica de suas normas, que são de ordem pública e interesse social. Com isso se quer dizer que elas são de observância obrigatória, inderrogáveis por acordo entre particulares, ao contrário do clássico direito civilista. Elas estão, pois, fora da autonomia de vontade das partes (MIRAGEM, 2013, p. 58-60).

Em consonância com o artigo 7º do CDC, Filomeno (2013, p. 16-7) empreende importante reflexão sobre a vagueza conceitual do código. Ainda que, no espírito de codificação, pretendesse abarcar todo o Direito do Consumidor brasileiro, o legislador do CDC estava ciente de suas limitações fáticas e jurídicas, bem como da possível existência de lacunas ou de normas mais benéficas. Por isso mesmo, não negou o caráter multidisciplinar do Código, mas, ao contrário, tratou de institucionalizar a possibilidade de interpretação analógica e extensiva a favor do consumidor:

(...) O Código [de Defesa do Consumidor] é multidisciplinar, na medida em que contém preceitos de ordem civil (por exemplo, a

já mencionada responsabilidade civil objetiva, a tutela contratual, incluídas aí a oferta e a publicidade, práticas de comércio etc.), de caráter penal (ou seja, crimes contra as relações de consumo), de cunho administrativo (sanções nos casos em que especifica), processual (a tutela coletiva, sobretudo), e outras particularidades. Entretanto, não se basta. Necessita, muitas vezes, conforme adverte seu artigo 7º, de outras normas já preexistentes, a começar pela Constituição Federal, de normas de caráter civil, processual, administrativo e outras, além de, inclusive, tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. (Filomeno, 2013, p. 16-7.)

De forma autônoma ou em parceria com outras normas, a atuação do CDC é dotada de cogência. Além disso, Bruno Miragem (2013, p. 58) atribui às disposições do Código preferência em sua realização, dado que sua proteção constitucional decorre do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor (artigo 4º, inciso I, CDC). O mesmo entendimento é esposado por Rizzatto Nunes (2014, p. 112), para quem o CDC é incumbido da concretização de normas constitucionais de eficácia limitada.

A parte especial do CDC, que se estende do artigo 8º ao 119, apresenta normas materiais, processuais, penais, civis e administrativas, a título individual e coletivo, sendo que todas elas se subsumem à parte geral, observada a delimitação do âmbito de aplicação do Direito do Consumidor – a relação de consumo.

#### **4. A DISCIPLINA DO CRÉDITO DE CONSUMO**

Dentre as preocupações das legislações consumeristas estão o endividamento e a saúde financeira do consumidor. Afinal, a aquisição de produtos e a contratação de serviços, núcleos da relação de consumo e da própria razão de ser do Direito do Consumidor, nem sempre são amparadas na capacidade econômica imediata do adquirente ou contratante. Para aqueles que não dispõem de tempo ou resignação para poupar, o acesso em curto prazo, tanto a bens de valores elevados quanto a despesas triviais, é possibilitado pelo financiamento do consumo.

Dessa forma, o crédito se torna uma opção atrativa para ambas as partes da relação de consumo: ao consumidor, permite o gozo imediato de uma prestação pela qual ele pagará apenas no futuro, a despeito de sua possível indisponibilidade momentânea de recursos financeiros; ao fornecedor, serve de argumento publicitário e de motor para o consumo em massa. Todavia, o risco do crédito ao consumo é mais acentuado para os consumidores, que nem sempre (ou quase nunca) compreendem os compromissos e as obrigações que assumem em decorrência de sua contratação. Afinal, a sua concessão raramente é gratuita, pressupondo, em geral, além da reposição de seu valor, uma remuneração do credor (fornecedor do crédito), mediante cobrança de juros, em contraprestação à mobilização de recursos em prol do devedor (tomador do crédito) (CALAIS-AULLOY; STEINMETZ, 2000, p. 359-60).

Ademais, o valor do montante principal pode desestimular o pagamento em uma única vez, propiciando seu parcelamento, cujas prestações podem ser pactuadas de forma escalonada ou progressiva, diminuindo as reais capacidades de adimplemento do devedor e o afundando em um ciclo vicioso e interminável de juros compostos.

Ainda assim, o consumidor, enquanto leigo, é desinteressado e despreparado para lidar com as técnicas jurídicas empregadas na elaboração dos contratos de crédito, que, justamente por isso, na maioria das vezes se dão sob a forma de contrato de adesão. Essa situação, somada à afoiteza do consumo em massa alimentado pelo *marketing*, é extremamente propícia ao estabelecimento de cláusulas abusivas e exploradoras do consumidor. São necessárias, portanto, regras preventivas do endividamento dos consumidores contra o abuso do poder econômico e informacional dos fornecedores de crédito.

#### **4.1. O ACESSO AO CRÉDITO AO CONSUMO NO BRASIL**

O fornecimento de crédito, no Brasil, a teor da Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964, é atividade desempenhada por instituições financeiras, integrantes do Sistema Financeiro Nacional. É

operação bancária fundamental ativa, em que, no desempenho de sua finalidade econômica, os bancos assumem a posição de credor, “consistindo nos empréstimos, financiamentos, aberturas de crédito, descontos, antecipações etc.” (RIZZARDO, 2000, p. 18).

Desenvolve-se tal atividade por meio de “contratos de crédito”, terminologia que faz referência ao seu próprio objeto. Suas características são a pecuniariedade, a atividade em série, a complexidade, a profissionalidade e a comercialidade (RIZZARDO, 2000, p. 17).

Por atividade bancária entendese, juridicamente falando, a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros em moeda nacional ou estrangeira. Esse conceito, que se conclui da definição legal de instituições financeiras (LRB, art. 17), abarca uma gama considerável de operações econômicas, ligadas direta ou indiretamente à concessão, circulação ou administração do crédito. Estabelecendose um paralelo com a atividade industrial, poderseia dizer que a matériaprima do banco e o produto por ele oferecido ao mercado é o crédito. (COELHO, 2011. p. 492.)

Arnaldo Rizzardo (2000, p. 36-9), ao arrolar as modalidades creditícias praticadas no Brasil, destaca a importância social e econômica do empréstimo bancário, que, em linhas gerais, trata-se do mútuo comum (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013a, p. 255) do Código Civil (artigos 586 e seguintes). Afinal, para efeitos do diploma civilista, o dinheiro é coisa fungível: “O objeto do mútuo bancário é, basicamente, o dinheiro, que consiste em um bem fungível, destinado ao consumo em atividade ou setores do interesse do mutuário” (RIZZARDO, 2000, p. 36-9).

Segundo o autor, o empréstimo é contrato oneroso e unilateral, pois, efetivando-se com a tradição da quantia, a obrigação subjacente é a de “devolução da coisa no mesmo gênero, quantidade e qualidade, acrescida dos juros, das comissões e taxas combinadas” (RIZZARDO, 2000, p. 41-2), que recai exclusivamente sobre o tomador (mutuário).

Diferenciando-o do empréstimo simples, Rizzardo (2000, p. 52-3) define o contrato de abertura de crédito como “a promessa do banco em conceder determinado empréstimo, colocando-o à

disposição na conta do interessado no momento em que precisar”. Não há, pois, tradição, haja vista que o cliente não necessariamente fará retirada do dinheiro, e, caso o faça, observará suas necessidades (destinação da quantia; uso total ou parcial, de uma só vez ou de forma fracionada) e as condições acordadas (limite do montante, termo final para uso, taxas de remuneração e juros compensatórios e ressarcitórios).

Já o contrato de conta corrente bancária poderá ou não envolver a concessão de crédito, dado que é constituído por remessas concomitantes de ambas as partes, para, apenas no encerramento do contrato, identificar-se a existência e a titularidade de crédito exigível. Assim, porventura, o banco poderá ocupar a posição de devedor ou, ainda, não titularizar direito algum em face do cliente. É modalidade contratual autônoma, posto envolver a prestação de serviços (recebimentos e pagamentos de valores a mando do cliente), o depósito bancário (a destinação de determinado valor pelo cliente para a conta corrente é o que inaugura o contrato) e o mandato (a instituição administra o dinheiro do cliente segundo suas ordens, dentre as quais se destaca o cheque) (RIZZARDO, 2000, p. 69-75).

Igualmente, segundo Rizzardo (2000, p. 85-103) o desconto bancário – empréstimo mediante transferência *pro solvendo* de título cambial –, a antecipação bancária – concessão de quantia lastrada em garantia real –, e o crédito documentário – pelo qual a instituição se obriga a “pagar a um vendedor, por conta do crédito do comprador, o preço da mercadoria, além de outros encargos” (RIZZARDO, 2000, p. 103) – são atividades bancárias creditícias.

Sobre o cartão de crédito, que, como visto, consome grande parte da renda da maioria dos brasileiros, Fábio Ulhoa Coelho (2011, p. 508) o classifica como contrato bancário impróprio, dada a divergência doutrinária sobre a necessidade de ser o fornecedor uma instituição financeira. Não se furta o autor, contudo, a defini-lo:

Pelo contrato de cartão de crédito, uma instituição financeira (emissora) se obriga perante uma pessoa física ou jurídica (titular) a pagar

o crédito concedido a esta por um terceiro, empresário credenciado por aquela (fornecedor). O cartão de crédito, propriamente dito, é o documento pelo qual o titular prova, perante o fornecedor, a existência do contrato com a instituição financeira emissora, servindo também para a confecção da nota de venda, que é o instrumento de outorga do crédito pelo fornecedor ao titular. (COELHO, 2011, p. 518.)

São estas, pois, as principais formas de acesso ao crédito no Brasil. Resta caracterizar, então, o seu regime jurídico normativo.

#### **4.2. REGULAMENTAÇÃO DA CONCESSÃO DE CRÉDITO NO BRASIL**

Quando da reflexão sobre os limites legislativos impostos ao fornecimento de crédito, Rizzardo é categórico ao adiantar que “no Direito brasileiro, as operações bancárias não são reguladas especificamente” (RIZZARDO, 2000, p. 18-20). Possuem natureza estritamente contratual e será neste ramo do Direito que encontrarão seu regramento. E, indo além, o autor conclui que se trata de contratos de adesão, com seu conteúdo pré-definido por uma das partes (instituição financeira), cabendo à outra (cliente) apenas a opção de contratar – aceitando as imposições contratuais por completo – ou não. “Em verdade, não se reserva espaço ao aderente para sequer manifestar a vontade. O banco se arvora o direito de espoliar o devedor” (RIZZARDO, 2000, p. 21).

No mesmo sentido, Barcellos (2009, 75-82) explica que a atividade bancária creditícia está submetida a duplo sistema de regulação contratual: o do Código Civil e o do Código de Defesa do Consumidor. Ainda segundo a jurista, as instituições financeiras tentam afastar a incidência do CDC nas relações de crédito que estabelecem com seus clientes, haja vista que a presunção de vulnerabilidade implica benefícios para o tomador (consumidor) e, em contrapartida, encargos para o credor (fornecedor).

Para suas análises, Barcellos tomou por base a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 2.591, ajuizada em 26 de dezembro

de 2001 e transitada em julgado em 07 de junho de 2006 e que foi deflagrada justamente com a finalidade de afastar o dirigismo contratual do CDC das operações bancárias. Tendo como perspectiva o resultado da ADIn, que tomou como critérios caracterizadores os elementos subjetivos e objetivos já descritos, a autora identifica quando os contratos de crédito assumem a natureza jurídica de relação consumerista, submetendo-se àquela dupla regulamentação.

Primeiramente, demonstra Barcellos que as instituições financeiras são sempre fornecedoras, conforme contemplado pelo parágrafo 2º do artigo 3º do CDC, corroborado pela Súmula 297<sup>3</sup> do STJ, publicada em 2004. Não prospera, pois, o argumento contrário de que o Sistema Financeiro Nacional, por ser categoria normativa própria, retiraria as operações bancárias do âmbito do mercado de consumo.

Em sequência, a autora expõe que os clientes podem ser consumidores, desde que se enquadrem no conceito *standard do caput* do artigo 2º ou na equiparação do artigo 29, inciso V, ambos do CDC. Assim, os “clientes-aplicadores” são sempre consumidores, enquanto que os “clientes-tomadores” dependem do preenchimento dos requisitos daqueles dispositivos, em específico a caracterização da destinação final dos serviços bancários contratados e a vulnerabilidade do cliente.

Finalmente, explica Barcellos que todas as atividades desempenhadas pelas instituições financeiras, a rigor do que diz o parágrafo 1º do artigo 3º do CDC, são produto (dinheiro) ou serviço (a exemplo das modalidades contratuais já arroladas).

Portanto, adotando o entendimento da ADIn é que Barcellos defende a aplicação do CDC aos “contratos de crédito *ao consumidor*”, no que é acompanhada por Rizzardo:

Evidente que há relação de consumo no fornecimento do crédito, onde o princípio da autonomia da vontade fica reduzido à mera aceitação do conteúdo do contrato. Daí, sem dúvida, enquadrar-se como aleatórias, abusivas, unilaterais, como a que permite ao banco optar

3 “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

unilateralmente pelo índice de atualização monetária que quiser, sem consultar o consumidor; a que possibilita ao mesmo banco utilizar a taxa de mercado por ele praticada; aquela que autoriza o vencimento antecipado do contrato em caso de protesto ou exceção judicial de outras dívidas; a cláusula que impõe a eleição do foro de comarca diferente ou daquela onde foi celebrada a operação; e a relativa à outorga de mandato ou poderes para o credor contra ele emitir título de crédito, dentre inúmeras outras. (RIZZARDO, 2000, p. 25.)

Ainda que se trate de cliente empresário (nos moldes do finalismo aprofundado), Fábio Ulhoa Coelho admite a caracterização da relação de consumo:

As operações creditícias oferecidas pelas instituições financeiras ao mercado de consumo estão sujeitas à disciplina do Código de Defesa do Consumidor (CDC, arts. 3º, § 2º, e 52). É necessário, contudo, ter presente o exato âmbito de incidência dessa legislação. Não há dúvidas de que o trabalhador que deposita o seu salário em conta-corrente junto ao banco é consumidor de serviços por estes prestados ao mercado de consumo. Está, portanto, sob a tutela do Código de Defesa do Consumidor. Contudo, se se tratar de contrato bancário com um exercente de atividade empresarial, visando ao implemento da sua empresa, deve-se verificar se este pode ser tido como consumidor. Se o empresário apenas intermedeia o crédito, a sua relação com o banco não se caracteriza, juridicamente, como consumo, incidindo na hipótese, portanto, apenas o direito comercial. (COELHO, 2011, p. 494-5.)

Em relação ao regime geral do Código Civil, o dinheiro é objeto de mútuo, no caso, bancário, e se subsume à disciplina da Seção II (“Do Mútuo”) do Capítulo VI (“Do Empréstimo”) do Título VI (“Das Várias Espécies de Contrato”) do diploma de 2002. Quanto ao CDC, suas normas são incidentes na totalidade, no que couber. No relatório de Barcellos (2009, p. 83):

No momento pré-contratual, tem-se a proteção contra propaganda clandestina, enganosa e abusiva (arts. 36 e 37 do CDC); a execução forçada de oferta (arts. 35 e 84) e a proibição de práticas abusivas (art. 39 do CDC). Além disso, a oferta deve ser sempre formulada a fim de possibilitar ao consumidor clareza de seu sentido e alcance (arts. 30 e 31 do CDC), sob pena de não valer (art. 46 do CDC). Na

fase contratual propriamente dita, garante-se o direito à informação (art. 6º, III, c/c art. 46 do CDC), interpretação mais favorável (art. 47 do CDC), a proibição de abusos na cobrança de dívidas (art. 50 do CDC), a proteção em contratos de adesão (art. 54 do CDC).

Com efeito, a aplicação do CDC torna-se mais cara ao cliente bancário quando da renegociação de dívidas. A teor do vigente Código Civil, essa possibilidade estaria adstrita à teoria da onerosidade excessiva do artigo 478 (BARCELLOS, 2009, p. 84). Sobre o instituto, lecionam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2013b, p. 321-2):

Primeiramente, notamos que a dicção do art. 478 faz presumir que a teoria adotada pelo codificador exige, para a sua configuração, que da superveniência do evento *extraordinário e imprevisível* decorra enriquecimento sem causa para uma parte em detrimento da outra. Já criticamos, linhas atrás, a impropriedade de se considerar que a imprevisão exija relação causal entre enriquecimento e empobrecimento de uma parte e outra, uma vez que *o fato posterior poderá onerar a ambas*, caso em que, ainda assim, a teoria não poderia deixar de ser aplicada. Interessante notar também que o novo diploma exige, além imprevisibilidade, a *extraordinariedade* do evento, ou seja, deverá ser excepcional, escapando, assim, do curso normal e ordinário dos acontecimentos da vida. Aliás, por se tratar de cláusula geral, deverá o juiz efetivar a sua concreção atento às características do caso concreto. Nessa linha, o devedor – excessivamente onerado – poderá, nos termos do art. 478, pleitear a *resolução*, ou seja, o desfazimento do contrato, caso em que os efeitos da sentença retroagirão ao momento da citação. (Grifos do autor.)

Ao passo que, com a tutela concomitante do CDC, em seu artigo 6º, inciso V, os efeitos dessa teoria são ampliados em benefício exclusivo do consumidor (e não de qualquer das partes).

Prevê o inciso V do art. 6.º do CDC a possibilidade da *revisão* judicial da cláusula de preço, que era equitativa quando do fechamento do contrato, mas que em razão de fatos supervenientes tornou-se *excessivamente onerosa* para o consumidor. A onerosidade excessiva e superveniente que permite o recurso a esta revisão judicial é unilateral, pois o art. 6.º do CDC institui direitos básicos apenas para o *consumidor*. (...) A norma do art. 6.º do CDC avança em relação

ao Código Civil (arts. 478-480 – Da resolução por onerosidade excessiva), ao não exigir que o fato superveniente seja imprevisível ou irresistível. Apenas exige a quebra da base objetiva do negócio, a quebra de seu elemento intrínseco, a destruição da relação de equivalência entre prestações, o desaparecimento do fim essencial do contrato. Em outras palavras, o elemento autorizador da ação modificadora do Judiciário é o resultado objetivo da engenharia contratual, que agora apresenta a mencionada onerosidade excessiva para o consumidor, resultado de simples fato superveniente, fato que não necessita ser extraordinário, irresistível, fato que podia ser previsto e não foi. O CDC, também, não exige, para promover a revisão, que haja “extrema vantagem para a outra” parte contratual, como faz o Código Civil (art. 478). (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2014, p. 81).

Pelo exposto, infere-se que a disciplina do crédito ao consumo, no Brasil, fica a cargo de legislações esparsas, não tipicamente consumeristas. Ao CDC, então, incumbe a desgastante missão de adequar os comandos normativos à teleologia constitucional de proteção do consumidor.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a Constituição Federal de 1988, o tripé contrato-propriedade-família do Código Civil então vigente foi convertido em um quadripé pela inserção da tutela do indivíduo em suas projeções física, psíquica e social. Compreendeu-se que a lei deve servir ao jurisdicionado e não o inverso. A defesa do consumidor, nesse contexto, respingou na cultura jurídica nacional de forma constitucionalizante, cogente.

Dessa forma, o CDC, com seu avanço instrumental, cláusulas abertas e conceitos abstratos, instaurou uma celeuma no ordenamento civilista: regras atinentes ao âmbito privado, mas dotadas de ingerências, privilégios típicos do direito público. Preferiu-se criar um sistema dentro de um contexto maior – um microsistema. Ao invés de abordar todas as possíveis relações entre particulares, o CDC conferiu-lhes nova interpretação.

Assim, o CDC, valendo-se de experiências estrangeiras, teve a oportunidade de conferir aos juristas brasileiros uma releitura da legislação já existente. Para tanto, na maioria dos vezes ele se aplica de maneira principiológica, por meio da Política Nacional das Relações de Consumo, que engloba os princípios da vulnerabilidade (artigo 4º, inciso I); da defesa do consumidor pelo Estado (artigo 4º, inciso II); da boa-fé objetiva e do equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores (artigo 4º, inciso III); da informação e da educação (artigo 4º, inciso IV); da confiança ou da segurança e qualidade (artigo 4º, incisos V e VII); do combate ao abuso (artigo 4º, inciso VI).

Portanto, o CDC representa a transposição do movimento consumerista à cultura jurídica nacional, eminentemente patrimonialista e individualista. Sua tecnologia legislativa, por um lado, confere-lhe maior âmbito de incidência, mas, por outro, condena-o a reiteradamente habilitar-se e provar sua pertinência às novas demandas sociais, como as que surgem da contratação de crédito.

É bem verdade que não se pode afirmar que a legislação atual confere mecanismos para tutelar todos os aspectos da concessão de crédito que vulnerabilizam o consumidor. Continuam necessárias uma abertura para melhorias legislativas e para uma ampliação da titularidade e do alcance das normas consumeristas incidentes sobre o crédito, a exemplo de situações de superendividamento.

Ainda assim, pode-se afirmar que, nos trinta anos após 1988, o Código de Defesa do Consumidor tem sido um contraponto, uma fonte de divergência, uma ode à luta pelo solidarismo constitucional, inclusive quanto à concessão de crédito, tendo transformado *tomadores em consumidores*.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

AZEVEDO, Fernando Costa de. Uma introdução ao Direito Brasileiro do Consumidor.

*Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 69, p. 32-86, jan./mar. 2009.

BARCELLOS, Daniela Silva Fontoura. Contratos de Crédito ao Consumo Após a ADIn dos Bancos. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 36, n. 114, p. 75-90, jun. 2009.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: RT, 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2016.

BRASIL. *Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Revogada pela Lei n.º 10.406, de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2016.

BRASIL. *Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964*. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4595.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4595.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2016.

BRASIL. *Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2016.

BRASIL. *Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2016.

CALAIS-AULOY, Jean; STEINMTEZ, Frank. *Droit de la Consommation*. Paris: Dalloz, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARVALHO, Diógenes Faria de. *Do princípio da boa-fé objetiva nos contratos de consumo*. Goiânia: Editora da PUC Goiás, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FILOMENO, José Geraldo Brito. A Experiência Brasileira: o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor de 1990. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba, v. III, n. 11, p. 13-66, set. 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Contratos em Espécie*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013a. v. 4. t. II.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Contratos: Teoria Geral*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013b. v. 4. t. I.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 14. ed. São Paulo: 2010, Malheiros.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: RT, 2013.

- NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- REALE, Miguel. *Aplicações da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de crédito bancário*. 5. ed. São Paulo: RT, 2000.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- TIMM, Luciano Benetti. Os grandes modelos de responsabilidade civil no direito privado: da culpa ao risco. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 55, p. 136-67, jul./set. 2005.

# O FOMENTO COMO INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA NA BUSCA PELO DESENVOLVIMENTO NACIONAL

Andrei Rossi Mango<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende tratar sobre os diferentes aspectos da atividade administrativa de fomento, caracterizado como uma espécie de intervenção do Estado na economia, que como todas as outras espécies de intervenção estatal, busca promover o desenvolvimento nacional. Esse desenvolvimento, entendido neste trabalho, como crescimento econômico e desenvolvimento social (mudanças positivas na ordem quantitativa e qualitativa).

Primeiramente, é abordado as diferentes formas (direta e indireta) e modalidades (absorção/participação, direção e indução) pelas quais a intervenção estatal pode ocorrer. Em seguida, passa-se para a análise normativa dos principais dispositivos jurídico-constitucionais inerentes à ordem econômica e financeira nacional, focando nos arts. 170, 174, e 179, que tratam dos princípios gerais da atividade econômica (nomeadamente dos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e do favorecimento para microempresas e empresas de pequeno porte); e da intervenção indireta do Estado (em especial, a função do incentivo).

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito e Desenvolvimento pela Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Especialista em Direito Público pelo Damásio Educacional (DeVry Brasil). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (FADIR/UFU). Este artigo científico tem por base a pesquisa realizada para a dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP), sob a orientação do Prof. Dr. Gustavo Assed Ferreira.

Em relação à atividade de fomento, são expostas as principais acepções do termo fomento, pela doutrina nacional e estrangeira, bem como sua natureza jurídica, o objeto, os instrumentos utilizados (meios/técnicas) e a finalidade do fomento (imediata e mediata). Também, determina as diferentes classificações do fomento e seus limites e impactos sobre os valores e princípios basilares da ordem econômica (livre iniciativa, livre concorrência, proporcionalidade e subsidiariedade).

A pesquisa se justifica no fato de poucos doutrinadores nacionais se aprofundarem sobre a matéria da função administrativa de fomento, uma vez que a própria disciplina do Direito Administrativo é relativamente recente e carece de sistematização, e a Constituição Federal de 1988 expõe de forma incipiente, sem delimitar as hipóteses de atuação do Estado ou os limites para se fomentar. E apesar da escassa produção científico-jurídica no assunto, a utilização de instrumentos de fomento pelo Estado está cada vez mais comum em diversos setores da economia.

Sobre os aspectos metodológicos, este trabalho está pautado em pesquisa majoritariamente teórica, que utiliza dois marcos teóricos distintos. Em um primeiro momento, para o estudo sobre a intervenção do Estado na economia, tema inserido na área do Direito Econômico, aborda-se principalmente as obras de André Ramos Tavares (2006), Eros Roberto Grau (2003) e Fábio Nusdeo (2013). Em um segundo momento, no que tange ao fomento, tema típico da área do Direito Administrativo Econômico, verifica-se principalmente as obras de Célia Cunha Mello (2003), Floriano de Azevedo Marques Neto (2010-2014) e Marçal Justen Filho (2013). A construção do raciocínio fora realizada através do procedimento de revisão bibliográfica (livros, dissertação e artigos científicos) e documental (Constituição Federal de 1988).

## **2. A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA**

A intervenção do Estado na economia se apresenta como uma forma de promover o desenvolvimento nacional de indústrias que

carecem de investimento privado adequado e suficiente para o seu progresso e subsistência. No caso, por exemplo, de indústrias da economia do conhecimento, há duas formas que essas empresas dispõem para arrecadar recursos que viabilizem seus projetos inovadores, são elas, a arrecadação interna ou a arrecadação externa. A interna se dá através da receita acumulada ou reinvestimento de lucros decorrentes da atividade empresarial. Já a obtenção de recursos externos, pode ocorrer pela constituição de dívidas (ex.: financiamentos privados) ou internalização de novos provedores do capital (ex.: novos sócios) (SCHAPIRO, 2010, p. 171).

Em relação à captação de recursos externos, em específico, o financiamento e composição de dívidas junto às instituições financeiras, recorda-se que os projetos com potencial atividades inovadoras, apresentam uma maior incerteza e imprevisibilidade quanto aos resultados. Inclusive, a situação é agravada pelo fato de o objeto do financiamento muitas vezes se tratar de ativo intangível, que não configura como garantia do financiamento que o deram causa (SCHAPIRO, 2010, p. 172).

Essa ausência de investimento privado decorre do imediatismo desse tipo de investimento que visa retornos rápidos e repudia o risco elevado do empreendimento (MAZZUCATO, 2014, p. 19). Esse cenário cria verdadeiros mercados incompletos, isto é, mercados que falham em prover bens ou serviços, mesmo que os custos da produção desses bens ou serviços estejam abaixo do preço que os consumidores estão dispostos a pagar, o que, na realidade, resultaria em lucro para esses empreendimentos (WORLD BANK, 1997, p. 26).

É justamente a falha de mercado, melhor dizendo, o mercado incompleto, por não conseguir providenciar empréstimos para viabilizar sua atividade (fracasso na eficiência alocativa de recursos<sup>2</sup>) e consequente ausência de oferta de certos bens, que justifica a necessária intervenção do Estado na economia. Situação essa, que o governo

2 A teoria neoclássica do bem-estar identifica a presença de mercados incompletos, informação imperfeita, presença de bens públicos, monopólio e externalidades, como fonte do fracasso do mercado em atingir o resultado ideal, com a eficiência alocativa na economia.

(na figura da Administração Pública direta e indireta, e instituições públicas – bancos de desenvolvimento) é chamado para intervir e corrigir essas falhas, através, por exemplo do uso do fomento, com subsídios, tributação e regulamentação (HAJ-OMAR, 2001, p. 216).

O Estado, portanto, assume o papel de agente empreendedor, passando a arcar com investimentos altamente arriscados para possibilitar a criação e formação de novos mercados (MAZZUCATO, 2014, p. 33), ou corrigir aqueles incompletos que apresentam falhas. Nessa perspectiva, o investimento público é paciente no sentido de permitir o processo de descoberta da indústria, que estimula a criatividade e inovação, ao aceitar e financiar a exploração, tentativa e erro, nos projetos a serem desenvolvidos.

O Estado, então, pode agir não só como um mero facilitador da economia do conhecimento, mas um verdadeiro criador dessa economia (MAZZUCATO, 2014, p. 48), com o objetivo de colher os diversos benefícios do seu desenvolvimento, através das externalidades positivas e efeitos de *spillover* positivo (efeito de transbordamento positivo) para outros mercados.

Adentrando à análise jurídica da intervenção estatal no domínio econômico, cabe dizer que esta pode ocorrer de duas maneiras, direta ou indireta. Na intervenção indireta, o Estado procede à cobrança de tributos, concessão de subsídios, subvenções (investimento público), benefícios fiscais e creditícios e regulamentação (TAVARES, 2006, p. 55). Atesta-se, portanto, que a atividade de fomento é uma forma de intervenção estatal na economia de forma indireta.

De outra forma acontece na intervenção direta, em que o Estado participa de forma ativa e concreta na Economia. O Estado assume o papel de agente econômico ao apropriar-se da condição de produtor de bens ou serviços, competindo ao lado de particulares, e se portando como um competidor em potencial (TAVARES, 2006, p. 55).

De acordo com Eros Grau (2003, p. 82), o Estado dispõe de três modalidades de intervenção sobre o domínio econômico: intervenção

por absorção ou participação; intervenção por direção; e intervenção por indução. Oportunamente, cabe delimitar o termo domínio econômico, o qual se refere à todas aquelas atividades constitucionalmente reservadas para o campo da iniciativa privada (MAZZA, 2016, p. 884).

Na intervenção por absorção, o Estado assume completamente o controle e exercício da atividade econômica de determinado setor, atuando em regime de monopólio estatal (legal ou de fato). Diferentemente acontece na intervenção por participação, em que o Estado atua como agente econômico, em regime de competição com empresas privadas, porém mantendo sua capacidade de influência. Em ambas o exercício da atividade econômica pelo Estado pode ser de forma direta ou por intermédio de entidades públicas (NUSDEO, 2013, p. 201) e as duas configuram em formas de intervenção direta no domínio econômico (TAVARES, 2006, p. 56).

No caso de intervenção por direção, o Estado utiliza mecanismos e normas de comportamento compulsório sobre os agentes econômicos (privados ou públicos) com o objetivo de exercer pressão sobre a economia (GRAU, 2003, p. 127). Essas normas têm caráter legal ou regulamentar e possuem caráter obrigatório e não facultativo. Como exemplo, pode-se citar as quotas de importação, fixação de preços ou obrigatoriedade de dispositivos antipoluição (NUSDEO, 2013, p. 201).

Por último, a intervenção por indução diz respeito ao uso dos instrumentos de intervenção, pelo Estado, em harmonia com as leis que regem o mercado e seu funcionamento, para incitar, estimular, incentivar, por toda e qualquer forma chancelada pela lei (GRAU, 2003, p. 127-128). Isso quer dizer que o Estado utiliza das suas prerrogativas para induzir certos comportamentos ou decisões, dispondo de incentivos (indução positiva) ou punições (tributárias ou administrativas – indução negativa) com o objetivo de estimular ou desestimular certa atividade econômica (NUSDEO, 2013, p. 202).

A partir dessas modalidades, conclui-se que o fomento da Administração Pública se insere na intervenção estatal por indução, vez que se trata de incentivos que prezam a criar ou corrigir falhas de

mercado (indução positiva). Não obstante, evidencia-se que não há somente essa forma de classificação sobre os diferentes tipos de intervenção estatal, vez que se diferem a depender do doutrinador. Ao exemplo de Luís Roberto Barroso (2001, p. 202) que coloca o fomento como um mecanismo autônomo da intervenção estatal no domínio econômico, ao lado da atuação direta e da disciplina.

De outra forma também coloca Celso Antonio Bandeira de Mello (2009, p. 789), que divide a interferência do Estado na ordem econômica a partir de três modos distintos, quando o Estado exerce o poder de polícia (como agente regulador e normativo da atividade econômica – função de fiscalização); quando atua empresarialmente como sujeito ativo, protagonista da atividade econômica; ou quando concede incentivos à iniciativa privada através de financiamentos (a fundo perdido ou não), favores fiscais ou apoio tecnológico. Respectivamente, este autor estabelece que o Estado interfere na atividade econômica, disciplinando-a; assumindo-a; ou fomentando-a (BANDEIRA DE MELLO, 1981, p. 37).

Com base nesses preceitos teóricos, parte-se para a análise normativo dos dispositivos constitucionais e dos princípios informadores da ordem econômica que assentam a matéria na Constituição Federal de 1988.

A intervenção do Estado na economia está prevista em título específico, Título VII, Da Ordem Econômica e Financeira, através dos arts. 170 a 192 da Constituição Federal de 1988. No entanto, será dada especial atenção apenas aos arts. 170, 174 e 179, tendo em vista que se relacionam diretamente ao tema tratado neste trabalho.

O art. 170 traz em seu *caput* a seguinte redação normativa: “*A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...]*”. Segundo Eros Grau (2003, p. 57), a leitura do dispositivo não deveria decorrer dessa forma, vez que estabelece o modo que a economia brasileira deveria ser, reestruturando como esse dispositivo deve ser interpretado.

A seguir constatado:

[...] as relações econômicas – ou a atividade econômica – deverão ser (estar) fundadas na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (fim delas, relações econômicas ou atividade econômica) assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios... ” (GRAU, 2003, p. 57).

Denota-se que o ponto central da intervenção no domínio econômico está erigido em dois institutos elevados a direitos fundamentais pela Constituição Federal de 1988, quais sejam: a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano. O primeiro, diz respeito aos valores do Estado Social em atribuir ao trabalho humano (portanto, à figura do ser humano) posição hierárquica superior frente ao mercado e seus diferentes propósitos (ex.: lucro) (MEDEIROS, 2011, p. 41), sobretudo, reafirmando a proteção dos trabalhadores, elencado previamente nos arts. 6º e 7º da Lei Maior.

A livre iniciativa, por sua vez, figura-se como um fundamento da ordem econômica, financeira e da própria República Federativa do Brasil, este último, exposto no art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988. O conteúdo da livre iniciativa é extremamente amplo, exprimido principalmente pela liberdade privada, nomeadamente a liberdade de comércio e indústria (ou liberdade de empresa – liberdade de criar e explorar atividade econômica e não sujeição à restrições estatais, senão em virtude de lei), liberdade de concorrência (de conquistar clientes, proibição de concorrência desleal, e proibição da atuação danosa à concorrência); liberdade de trabalho (trabalho livre – modo de expressão do trabalho e sua valorização) (GRAU, 2003, p. 184-186) e liberdade de contrato (liberdade contratual – faculdade do agente econômico em contratar de diferentes formas a fim de concretizar sua atividade empresarial) (SILVA, p. 1999. p. 767).

Em razão disto, a livre iniciativa se demonstra principalmente pela liberdade dos particulares em explorarem atividade econômica no Brasil, não temendo a atuação do Estado no sentido de obrigar os empreendedores e empresas a fornecerem determinado produto ou

serviço, seu modo de elaboração, e destinação (MEDEIROS, 2011, p. 50-51). A não ser, é claro, que essa restrição seja feita e autorizada por meio de lei, conforme previsão normativa do art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

A premissa da livre iniciativa se subdivide em dois vieses, a dizer, o positivo e o negativo. O viés positivo se refere justamente a garantia constitucional sobre a liberdade de qualquer cidadão em criar e exercer atividade econômica. E o viés negativo se manifesta na não imposição de restrições estatais sobre essa atividade (não intervenção-estatal), que só poderá decorrer diante de atividade legislativa, sem ferir, no entanto, o conteúdo mínimo da livre iniciativa (TAVARES, 2006, 239-240).

A correlação entre a livre iniciativa e a intervenção do Estado na economia também é tratado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 1.950), em que ao abordar o tema, estabelece que a livre iniciativa se configura em expressão de liberdade de titulação da empresa e do trabalho. Segundo esse entendimento, a Constituição exerce dois papéis, a de assegurar a livre iniciativa e a do dever de o Estado garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto. Visa-se, portanto, valorizar acima da liberdade privada, a defesa do interesse da coletividade (interesse público primário), como tais, o direito ao acesso à cultura, educação, lazer, entre outros (BRASIL, 2006).

O segundo aspecto tratado pelo STF se relaciona com os objetivos do instituto positivado no próprio *caput* do art. 170, como a finalidade de assegurar a existência digna conforme os ditames da justiça social. Isso significa que a Ordem Econômica e Financeira nacional está fundamentada na defesa mútua do Estado Social e Democrático de Direito e da livre iniciativa, pelo qual o Estado atua em favor dos cidadãos, em defesa da dignidade humana (art. 1º, III, CF/88), mas também tutela a ordem capitalista, através da livre iniciativa, promovendo como fim último o desenvolvimento nacional (desenvolvimento

econômico e social) (SCHIER; GOLDENSTEIN, 2015, p. 107-108).

Portanto, o Estado tem o dever de levar em consideração tanto a defesa da ordem econômica, como da ordem social. Essa premissa justifica-se através da análise dos objetivos da República Federativa do Brasil, dentre eles, o de promover o desenvolvimento nacional e de reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, II e III, CF/88), visando a acessibilidade permanente dos cidadãos aos diversos direitos sociais e fundamentais constitucionalmente estabelecidos (art. 6º, CF/88).

Observa-se que a para que haja o devido cumprimento da Constituição, é necessário que a ordem econômica atenda aos princípios e objetivos de ordem social, com o objetivo de os promover e não de os deteriorar. Caso contrário, as próprias medidas econômicas do Estado estarão fadadas à inconstitucionalidade (BANDEIRA DE MELLO, 2009, 790).

A partir disso, a livre iniciativa se manifesta como a liberdade dos empreendedores e da empresa, e a atuação do Estado como forma de assegurar os direitos sociais frente a atividade econômica. Mas, e quando o caso se apresenta através de uma falha de mercado ou mercado incompleto, em que a livre iniciativa dos empreendedores se apresenta tolhida pela falta de investidores e financiamento privado?

O Estado, diante deste caso, através do incentivo (investimento público), não parece estar atuando apenas em defesa dos direitos sociais (em decorrência do valor social do produto produzido pela indústria), mas também assegurando que o próprio direito fundamental à livre iniciativa seja exercido por aqueles que dispõem da vontade de empreender no setor, independente das dificuldades apresentadas pelas peculiaridades da atividade econômica e pela natureza do produto. Por conseguinte, o Estado ao viabilizar uma estrutura para o desenvolvimento deste mercado, busca concretizar ambos preceitos fundamentais (livre iniciativa e dignidade da pessoa humana/justiça social), em respeito à ordem econômica e social.

Seguindo adiante com a análise do art. 170, da Lei Maior, há

de se observar alguns dos princípios norteadores da ordem econômica nacional, como o princípio constitucional da livre concorrência (art. 170, IV, CF/88) e o princípio do tratamento favorecido a microempresas e de pequeno porte e cooperativas (art. 170, IX, CF/88).

O princípio da livre concorrência, segundo José Gomes Canotilho (1982 apud GRAU, 2003, p. 188), é um princípio constitucional impositivo. Este princípio, por certos pesquisadores, é entendido como um desdobramento da livre iniciativa, no entanto, é tratado de forma autônoma pelo dispositivo constitucional, conferindo-lhe destaque como princípio da atividade econômica, independente dos demais. Sem dúvida, só há livre concorrência onde há a livre iniciativa, porém, o oposto não é verdadeiro, vez que pode existir a livre iniciativa sem a necessária existência da livre concorrência (TAVARES, 2006, p. 257-258) (ex.: único fornecedor em âmbito nacional).

Há vários entendimentos sobre o conteúdo da livre concorrência. Dentre eles, pode-se citar o de que a livre concorrência se manifesta como a própria liberdade de concorrência, decorrente das liberdades públicas e privadas, inerente à competição e disputa por clientes (GRAU, 2003, p. 189-190) (titularidade da livre concorrência pela empresa).

De outro modo, a livre concorrência pode ser entendida como intolerância do monopólio ou outro tipo de conduta privada ou estatal que denigra o regime de competição em um mercado livre, ao exemplo do afastamento artificial da competição entre os empreendedores, que resulte em conseqüente lesão aos consumidores (titularidade da livre concorrência pela sociedade) (TAVARES, 2006, p. 258).

Nesse segundo entendimento, o que este princípio visa tutelar é o correto funcionamento dos mercados sem abusos ilícitos por parte dos agentes econômicos, ou seja, a própria tutela dos mercados e dos consumidores. A finalidade desse princípio é a de estabelecer a liberdade sem o comprometimento do mercado por práticas ilícitas de concorrência desleal ou abusos do poder econômico (ex.: dominação do mercado, eliminação da concorrência, aumento arbitrário de lucros e tabelamento de preços) (TAVARES, 2006, p. 260-261).

Com base nesse problema, a atuação do Estado por meio de incentivos acontece a fim de corrigir o mercado com o auxílio financeiro para a criação de novos empreendimentos e indústrias. Essa atuação acaba por incentivar a própria livre concorrência, vez que de fato possibilita a existência de um mercado competitivo, que gera diversos benefícios com o desenvolvimento nacional, barateamento da tecnologia empregada, desenvolvimento de capital humano, aprimoramento da própria qualidade do produto, e o aumento da criatividade para que o produto se destaque no mercado.

Essa atuação positiva do Estado também possibilita a concorrência frente aos competidores internacionais, resultando na reafirmação da soberania econômica nacional (princípio da soberania nacional – art. 170, I, CF/88). A soberania econômica é fortalecida pela possibilidade de a sociedade brasileira participar em condições de igualdade no mercado internacional (GRAU, 2003, p. 206).

O último princípio básico da ordem econômica a ser tratado nesse trabalho e trazido pelo art. 170, da Constituição Federal de 1988, é o princípio do tratamento favorecido a microempresas, empresas de pequeno porte e cooperativas, trazido a luz do inciso IX. Este dispositivo constitucional confere o “*tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País*” (art. 170, IX, CF/88).

Oportunamente, observa-se que neste dispositivo constitucional apenas as empresas de pequeno porte são citadas para que recebam o tratamento favorecido, no entanto, este dispositivo deve ser lido e interpretado incluindo as microempresas. Isso ocorre porque seria incoerente fornecer o tratamento diferenciado às empresas de pequeno porte e negá-lo às microempresas, vez que, estas últimas, necessitam de forma mais acentuada desses benefícios concedido pelo Estado.

O tratamento diferenciado em favor dessas empresas justifica-se pela necessidade de o Estado defender os organismos que dispõem de menores condições de competitividade comparado às grandes empresas ou conglomerados econômicos, para que, ao fim, se concretize

a efetiva liberdade de concorrência (e também, da livre iniciativa). Portanto, o respectivo princípio não fere ou limita a amplitude da livre iniciativa e concorrência, apenas traz condições de igualdade na disputa entre grandes empresas e micro e pequenos empresários (TAVARES, 2006, p. 215-216).

Segundo Celso Ribeiro Bastos (1989, p. 165), esse favorecimento cabe para as empresas de pequeno porte porque não seria justo impor sobre essas empresas o mesmo ônus burocrático que são suportados pelas macroempresas, que possuem maior quantidade de recursos para arcar com a carga burocrática e tributária, inerente à atividade econômica.

Esse princípio sinaliza o dever do Estado em conceder tratamento diferenciado e de incentivo aos empreendimentos de micro e pequeno porte, tutelando sua existência e seu desenvolvimento, para que ocorra o fortalecimento da economia e dos mercados (MARTINS, 1992 apud TAVARES, 2006, p. 216). Salienta-se que esse tratamento diferenciado pressupõe o respeito à dois requisitos, quais sejam a constituição da empresa sob leis brasileiras e a sede e administração localizadas no Brasil, reafirmando, assim, o objetivo de fortalecimento da economia nacional.

Em consonância com o art. 170, IX, o art. 179, da Constituição Federal de 1988, reforça o entendimento sobre o dever do Estado em conceder tratamento jurídico diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte. Este dispositivo, traz os instrumentos pelos quais a Administração Pública poderá se valer para promover a coexistência de pequenos e grandes empreendimentos no mercado nacional (MEDEIROS, 2011, p. 69-70). Conforme pode ser constatado a seguir:

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 lei.** (grifo do autor).

Ter o favorecimento do Estado, com tratamento jurídico diferenciado por diferentes medidas administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, pode ser o liame entre atrair o investimento privado (e até mesmo promover a efetividade do investimento público governamental), vez que a flexibilização burocrática e tributárias é capaz de estimular esse investimento.

Apesar de estimular o investimento privado, o objetivo do Estado é o de colher as externalidades positivas provenientes da intervenção do Estado na economia. O Estado tem como finalidade última, a promoção do desenvolvimento nacional, entendido como mudanças positivas de ordem qualitativa (desenvolvimento) e quantitativa (crescimento econômico). Isso pressupõe que o processo de desenvolvimento nacional desencadeie uma elevação do nível econômico e cultural-intelectual comunitário (GRAU, 2003, p. 197), que privilegie o progresso estatal no aspecto econômico e social, equitativamente considerados.

Nesse sentido, promover o desenvolvimento nacional, significa concretizar um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, disposto no art. 3º, inciso II da Constituição Federal de 1988. Esse objetivo é equiparado à persecução da República no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária. O desenvolvimento nacional se perfaz, também, no atendimento das reivindicações da sociedade com a realização de políticas públicas, visando sempre harmonizar tais reivindicações com o setor privado (GRAU, 2003, p. 198).

Uma das formas do Estado promover o desenvolvimento nacional, harmonizando o interesse público com o privado, é através da intervenção indireta do Estado sobre a economia, conforme já fora exposto neste trabalho. A previsão jurídico-constitucional do dispositivo que trata do referido tema se encontra presente no art. 174, da Constituição Cidadã. Este, com a seguinte redação: “*Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de **fiscalização, incentivo e planejamento,***

*sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. [...]*” (grifo do autor).

Observa-se que, neste caso, o legislador constituinte permitiu a ampla utilização desse tipo de intervenção pelo Estado, dado que não delimitou as hipóteses em que o autoriza a atuar como agente normativo ou regulador da atividade econômica, diferentemente de como acontece na intervenção direta (art. 173 e 177, CF/88). Para tanto, é necessário que haja uma interpretação sistemática da Constituição a fim de determinar, por meio de lei, tais hipóteses de atuação. Não obstante, a partir da leitura do art. 174, conclui-se que sob a égide da intervenção indireta do Estado, as funções estatais de fiscalização, incentivo e planejamento, devem ser garantidas e efetivadas (MEDEIROS, 2011, p. 108).

No que toca a este trabalho, analisa-se a função estatal do incentivo, que pode ser entendido como intervenção por indução (GRAU, 2003, p. 261), que tem por objetivo viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica nacional (GRAU, 2003, p. 223). O termo incentivo está atrelado a todas as formas de fomento, estímulo, ajuda ou amparo (TAVARES, 2006, p. 312-313).

Caracteriza-se pelos benefícios ou vantagens concedidas pelo Estado à iniciativa privada para que seja exercida determinada atividade econômica que seja de interesse público. Esses benefícios não podem, de forma alguma, impedir outras atividades econômicas a serem exercidas pela iniciativa privada, sob pena de infringir os princípios basilares da ordem econômica. Devem, portanto, apenas incidir na autonomia dos particulares para que exerçam determinada atividade econômica, que o progresso seja de interesse do Poder Público.

O professor André Ramos Tavares (2006, p. 312-313), traz o conceito de dois diferentes autores sobre a função do incentivo estatal, expostos a seguir. Para Manuel Gonçalves Ferreira Filho (1990), “*o incentivo tem em si mesmo a ideia de estímulo para uma ação autônoma*”.

Já para Tupinambá Miguel Castro do Nascimento (1989), “*O incentivo é criar estímulos favoráveis ao progresso da atividade econômica, é dar condições positivas para o seu desenvolvimento é incitar, possibilitando um melhor e mais adequado resultado da atividade econômica. [...]*”

É sobre essa forma de incentivo estatal, sob a figura do fomento, que o trabalho busca esmiuçar. A justificativa se encontra no fato de que Administração Pública, nos últimos anos, tem disposto de diversos meios de fomento para promover o desenvolvimento nacional.

### **3. A ATIVIDADE DE FOMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Hodiernamente, o acúmulo de objetivos e deveres que o Estado Social e Democrático de Direito assume para si, faz com que o Estado assuma uma atuação dirigista na ordem econômica, incluindo o fomento como uma das atividades estatais contemporâneas de propósito intervencionista. Essa atividade estatal, também entendida como atividade administrativa de fomento, é realizada pela Administração Pública, que busca promover a satisfação de necessidades públicas através de estímulos que conduzem na cooperação voluntária (sem prejuízos da liberdade) dos administrados com o Poder Público (MELLO, 2003, p. 26).

Sobre essa intervenção estatal, cabe dizer que atualmente o fomento se porta como uma solução contínua e permanente, um meio indispensável pelo qual o Estado realiza seus objetivos. Essa valorização do fomento como uma atividade pública permanente, contínua e organizada torna possível se referir ao Estado, nas palavras de Marçal Justen Filho (2013, p. 725-726), como “*Estado Fomentador*”, que se utiliza de seus poderes e atribuições para induzir a iniciativa privada a desenvolver atividades tidas como socialmente relevantes.

Como pode ser observado, a definição de fomento se assemelha demasiadamente com a acepção da palavra incentivo, anteriormente suscitada no trabalho. Entretanto, o fomento apresenta certas

peculiaridades que o individualizam e que merecem especial atenção. Sem pretensão de esgotar as diferentes definições, a seguir serão apresentados os entendimentos de doutrinadores estrangeiros e nacionais que abordam o tema.

O doutrinador espanhol Luis Jordana de Pozas (1949, p. 46), fora um dos primeiros a tratar especificamente sobre a atividade de fomento na doutrina estrangeira. Para este autor, o fomento se define

[...] como la acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos.<sup>3</sup> (POZAS, 1949, p. 46).

Segundo esta teoria, identifica-se que o fomento é devido tão somente aos particulares, ou seja, direcionado às atividades dos particulares. Neste ponto, Garrido Falla (1966 apud ALCÁZAR, 1967, p. 4) se posiciona de forma contrária, tendo em vista que amplia o campo de beneficiários da atividade administrativa de fomento, ao estabelecer que poderia ser direcionada também aos entes públicos. Embora haja divergência, não há um consenso sobre a abrangência do direcionamento do fomento, não sendo pacífico na doutrina.

No que toca à doutrina nacional, são poucos os autores que abordam a temática sobre a atividade de fomento realizado pela Administração Pública. Neste trabalho, abordar-se-á, principalmente, a definição e desdobramentos de três autores nacionais, entre eles estão Marçal Justen Filho (2013), Célia Cunha Mello (2003) e Floriano de Azevedo Marques Neto (2010-2014).

O primeiro, Marçal Justen Filho (2013, p. 721), traz uma definição sistematizada que delimita, respectivamente, no que se configura a atividade de fomento, sua natureza jurídica, o objetivo, os instrumentos utilizados, e a finalidade (imediate e mediata). Em suas palavras:

3 Tradução livre: [...] como a ação da Administração dirigida a proteger ou promover aquelas atividades, estabelecimentos ou riquezas devidas aos indivíduos e que satisfaçam as necessidades públicas ou se estimam de utilidade geral, sem recorrer à coerção, nem criar serviços públicos.

Fomento é uma **atividade administrativa de intervenção no domínio econômico** para **incentivar condutas dos sujeitos privados** mediante a **outorga de benefícios diferenciados**, inclusive mediante a aplicação de recursos financeiros, visando a **promover o desenvolvimento econômico**. (JUSTEN FILHO, 2013, p. 721, grifo do autor).

Analisando os itens acima grifados, este autor coloca o fomento como: i) uma atividade pública administrativa, que dispõe de estrutura permanente de bens e pessoas, para a realização de uma função pública (atividade estatal permanente e coordenada); ii) com natureza jurídica de intervenção no domínio econômico, para orientar a aplicação dos recursos econômicos e conformar ou alterar condutas que seriam empregadas pela iniciativa privada; iii) com o objetivo de afetar a conduta de particulares para fins desejáveis pelo Estado, sempre preservando a autonomia dos particulares (nunca impondo comandos normativos); iv) através de instrumentos como a outorga de benefícios que incentivem conduta ativa ou omissiva do particular, ao exemplo da transferência de recursos financeiros e outros; v) com a finalidade imediata de gerar o desenvolvimento econômico e social, bem como efetivar os direitos fundamentais (JUSTEN FILHO, 2013, p. 721-722).

A pesquisadora Célia Cunha Mello (2003, p. 26), em sua obra dedicada à análise do fomento realizado pela Administração Pública expõe que se trata de atuação administrativa que objetiva a satisfazer as necessidades públicas, sem causar prejuízo à liberdade dos administrados, que ao serem incentivados pelo fomento, cooperam com o Poder Público de forma voluntária. Ainda, essa atuação é exposta com mais detalhes quando trata da administração fomentadora e dos agentes econômicos envolvidos na relação de fomento, conforme pode ser verificado abaixo:

A administração fomentadora é, [...], a atuação administrativa do Estado destinada a proteger ou promover seu objeto, sem empregar a compulsoriedade, visando a satisfação indireta das necessidades públicas. Trata-se de um modo indireto de realizar o interesse público. O agente fomentador, pretendendo cumprir determinada

finalidade, não limita a liberdade dos administrados, impondo a eles, imperativamente, determinado comportamento, nem cria um serviço público (prestando-o diretamente ou fazendo-o por criatura sua) apenas convence o sujeito a fazer ou deixar de fazer aquilo que lhe interessa. É indireto porque a administração fomentadora não realiza diretamente a finalidade pretendida – quem o faz é o agente fomentado, depois de aderir, livremente, aos propósitos da administração fomentadora, seduzido pelas vantagens e incentivos prometidos. (MELLO, 2003, p. 30-31).

Ainda sobre a atividade administrativa do fomento, esta autora sistematiza os caracteres fundamentais da administração fomentadora que definem e diferenciam essa atividade das demais atuações administrativas, quais sejam: “*a) trata-se de exercício de função administrativa; d) está voltado à proteção e/ou promoção de seu objeto; c) Há ausência de compulsoriedade; d) visa a satisfação indireta das necessidades públicas*” (MELLO, 2003, p. 26-27).

Sobre esses caracteres fundamentais, a ausência de compulsoriedade é um dos principais elementos que caracterizam a ação voltada para o fomento. Conforme preceitua Diogo Figueiredo Moreira Neto (1989, p. 467), o Estado não obriga os indivíduos ou empresas a utilizar os instrumentos jurídicos de incentivo. Dessa forma, nada é imposto à sociedade, apenas utilizam esses instrumentos aqueles que desejam se relacionar com o Estado.

Sob o ponto de vista de Floriano de Azevedo Marques Neto (2010, p. 65), a definição acerca do fomento recai sobre o aspecto positivo e negativo. Para esse autor, o conceito de fomento está relacionado com a atividade estatal de incentivo positivo ou negativo que incide sobre a atividade desenvolvida pelos particulares, de modo a condicionar o comportamento destes. Este autor, expõe que o fomento positivo é aquele que se empenha em deixar a atividade privada mais interessante, viável ou abrangente através de medidas positivas (prestações, bens e vantagens), de caráter premial e sem natureza coativa (ex.: isenções e imunidades tributárias). Já o fomento negativo se manifesta pelas medidas, restrições estatais (obstáculos), que tem por

objetivo induzir e desincentivar indiretamente determinadas ações de agentes privados a fim de reduzir atividades contrárias ao que se intenta promover na sociedade (ex.: majoração da alíquota de impostos).

Os benefícios percebidos pela função estatal de fomento ou promocional são produzidos de modo indireto, vez que o Estado não atende diretamente as necessidades coletivas (como acontece no serviço público<sup>4</sup>), não provoca a conformação da autonomia privada (igual ao poder de polícia<sup>5</sup>), e não produz normas jurídicas. A atuação para a satisfação dos interesses públicos recai totalmente sobre a iniciativa privada e sua respectiva atividade econômica, mesmo que convencido por atuação do Estado. Dessa maneira, não há percepção direta de benefícios econômicos (ex.: ampliação da receita pública), mas o desenvolvimento de atividades socialmente indispensáveis por esses particulares convencidos através do fomento público, que passam a produzir ganhos econômicos, sociais e culturais para a sociedade (JUSTEN FILHO, 2013, p. 725).

Em relação ao objeto do fomento, este é direcionado tanto para um setor ou atividade econômica, ou atores ou grupos pertencentes a um setor específico. A finalidade do fomento em determinado objeto é fazer com que a atividade econômica daquele setor seja viabilizada para que produza externalidades positivas (benefícios sociais e econômicos) para a sociedade (MARQUES NETO, 2014a, p. 430-431).

No caso de atores ou grupos, o fomento se destina para aqueles que se encontram em situação de desvantagem, vulnerabilidade ou até mesmo precariedade, exigindo especial atenção do Poder Público (ex.: micro e pequenas empresas; ou aquelas em que a atividade econômica é de relevante interesse público – ex.: OSCIPs) (MARQUES NETO, 2014a, p. 431).

4 O serviço público se difere do fomento principalmente devido a titularidade da atividade prestada com a finalidade de satisfação de necessidade pública. O serviço público decorre de atuação estatal direta (ente estatal é titular do serviço a ser prestado ou delegado), e o fomento decorre de atuação estatal indireta (agente fomentador não é titular do serviço ou atividade fomentada, que é prestada pelos particulares). (MELLO, 2003, p. 179).

5 O poder de polícia não se confunde com a atividade administrativa de fomento, vez que o poder de polícia tem a finalidade de manter/restabelecer a ordem e a segurança pública, através de medidas de prevenção ou repressão, e de forma coativa, se necessário. O fomento buscar a proteção e promoção econômico-social, através medidas promocionais ou persuasivas, nunca se valendo da coação. (MELLO, 2003, p. 177).

Ter relevância pública, quer dizer que a atividade econômica fomentada é capaz de gerar externalidade positivas para a sociedade. Consequentemente, significa a promoção do desenvolvimento nacional com a percepção de benefícios sociais e econômicos. As atividades de elevada relevância pública (setores e atores relevantes para a sociedade) comumente carecem de atratividade para o setor privado (pouca lucratividade), cabendo ao Estado estimular determinadas atividades, conforme preceitua a Constituição Federal (MARQUES NETO, 2014b, p. 418).

Em diversos dispositivos constitucionais o legislador constituinte estipula que o desenvolvimento deve ser feito por estímulo e fomento, ao invés de intervir diretamente. A título de exemplo, tem-se os incentivos direcionados a micro e pequenas empresas (art. 179, CF/88), a cultura (arts. 215 e 216, CF/88), ao esporte (art. 217, CF/88), entre outros (MARQUES NETO, 2014b, p. 419).

Pelo fato do fomento estar intrinsecamente ligado à efetivação de direitos sociais pelo elemento da atividade de relevância pública, afirma-se que o fomento visa a efetivação de políticas públicas. Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto (2014b, p. 432), não há a necessidade de que a atividade incentivada pelo Poder Público integre expressamente como interesse público em um dispositivo legal, mas deve observar que:

- (i) os interesses públicos a serem alcançados devem estar previstos em uma política pública; (ii) o uso do fomento para a efetivação desses interesses públicos deve estar contemplado como um dos instrumentos de implementação da política pública; (iii) e o destinatário do fomento (agente ou setor a ser beneficiado) deve estar inserido nessa política pública, e o agente do fomento deve ser capaz de, por meio de seu incentivo, alcançar os interesses públicos nela contemplados. (MARQUES NETO, 2014b, p. 432).

Esse entendimento está ligado à não exclusão de atividades econômicas e setores capazes de trazer retornos sociais e econômicos (externalidades positivas) e que podem ou devem ser objeto de fomento, mesmo que não estejam legalmente previstos em dispositivos legais. Além disso, busca garantir a efetiva percepção dos benefícios de interesse coletivo

posterior à disponibilização de recursos públicos para os particulares.

A respeito da efetividade das políticas públicas de fomento, recorda-se que esta atividade administrativa se traduz como uma atividade por indução (função de incentivo e persuasão) que visa garantir o desenvolvimento nacional. Dessa maneira, a efetividade de tal atividade está ligada diretamente com a função de planejamento no âmbito da Administração Pública.

A atividade de fomento (função de incentivo) não integra o planejamento (função de planejamento), no entanto ambos se apoiam mutuamente para que seus fins sejam atingidos. O planejamento é um plano estratégico econômico-social (determina os objetivos, o tempo e o espaço), que visa a estabelecer as atividades econômicas e regiões que o Estado deve incentivar para colher benefícios sociais e econômicos (desenvolvimento nacional) (MELLO, 2003, p. 80-82). Enquanto o fomento, é o meio pelo qual a Administração Pública dispõe para que que esses setores incentivados, sejam capazes de desempenhar certa atividade econômica, tidos como estratégicas para o desenvolvimento nacional, e conseqüentemente, produzam benefícios sociais.

O planejamento econômico é importante porque estabelece as metas, o tempo e o espaço para que as técnicas de fomento aconteçam de forma regular e atuem corretamente no sentido de atingir a finalidade estatal. Isto faz com que o fomento incentive atividades que realmente são de relevância pública, necessitem de investimento público e que são capazes de produzir o desenvolvimento nacional.

Sem o planejamento por trás do fomento, a Administração Pública poderia aplicar meios ou instrumentos de fomento não compatíveis com a real necessidade do setor, incorrendo em medidas que não produzem os efeitos esperados, ou até mesmo medidas prejudiciais (produz efeitos adversos), sem que, portanto, se atinja o objetivo de propiciar melhores condições para o desenvolvimento de determinados setores econômicos ou locais.

Seguindo nesta consideração, observa-se que o fomento, igual aos outros instrumentos de intervenção, apresenta limites referentes

à sua abrangência ou parâmetros, instituídos pela própria Constituição Federal, quando dispõe sobre a ordem econômica e financeira nacional. A atividade pública do fomento não pode se chocar ou limitar outros valores e princípios gerais da atividade econômica previstos constitucionalmente, tais como o princípio da livre-iniciativa, da valorização do trabalho humano (MARQUES NETO, 2010, p. 69-70) e da livre concorrência.

No caso da livre concorrência, por exemplo, a atividade administrativa de fomento deve sempre respeitar os princípios da proporcionalidade e subsidiariedade. Quando em obediência a esses princípios, a existência do incentivo direcionado para agentes ou setores econômicos não infringe a livre concorrência, pois se limita a criar condições necessárias para o desenvolvimento de certa atividade pelos particulares, o que deve, na realidade, trazer justamente a igualdade material nas condições de competição (MARQUES NETO, 2014c, p. 478).

Os privilégios e benefícios concedidos à título de intervenção estatal pretende equiparar as condições de concorrência dos agentes econômicos inseridos em determinado mercado. Entretanto, a excessiva aplicação de recursos e incentivos pode causar efeitos contrários, e passar a afetar a essência da livre concorrência, e gerar desigualdades discrepantes entre os particulares que disputam no mercado. Neste caso, afeta também a própria livre iniciativa (MARQUES NETO, 2014c, p. 479), vez que o agente com demasiado incentivo estatal pode se tornar um verdadeiro monopólio e/ou passar a eliminar a concorrência (concorrência desleal).

À vista disso, a configuração de infração à livre concorrência por política de fomento estatal está intimamente ligado à intensidade da intervenção estatal ao conceder benefícios a determinados particulares. Estes benefícios estatais, portanto, não devem ter o objetivo de substituir ou eliminar o sistema concorrencial, mas sim tornar a disputa entre os particulares mais equânime (no comércio nacional e internacional<sup>6</sup>), incluindo, por exemplo, as micro e pequenas

6 No âmbito do comércio internacional, a livre concorrência e proteção concorrencial in-

empresas na disputa (MARQUES NETO, 2014c, p. 479-481).

Por último, verifica-se os meios pelos quais a atividade de fomento ocorre. Sobre esse aspecto, salienta-se que não há uma classificação pacificada das intervenções de fomento, tendo em vista que os doutrinadores se diferem nos critérios adotados para a identificação e divisão das técnicas de fomento público. Sem o intuito de enumerar todas essas classificações, este trabalho traz principalmente duas, a classificação quanto à vontade do sujeito fomentado e quanto às vantagens concedidas (MELLO, 2003, p. 86-90).

A primeira, quanto à vontade do sujeito fomentado, já fora exposta neste trabalho. Essa classificação fora criada por Luis Jordana de Pozas (1949, p. 51-52), e subdivide a atividade do fomento em meios positivos e negativos, que visa demonstrar os efeitos sobre a vontade do sujeito fomentado em, respectivamente, conceder prestações, bens ou vantagens para que desempenhe atividade de interesse público (meio positivo); ou atribuir dificuldades e obstáculos sobre o particular para que este não desempenhe atividade contrária ao interesse público. A segunda, quanto às vantagens concedidas, se subdivide em três meios: os meios psicológicos, os meios honoríficos, e os meios econômicos.

Os meios psicológicos são aqueles empregados com o intuito de induzir opiniões, persuadir, atitudes e valores. Como exemplos, tem-se os meios de propaganda em massa, que podem persuadir os particulares de forma expressiva. Ademais, a inclusão desse meio como fomento público não é pacífica na doutrina, Célia Cunha Mello (2003, p. 90-92) expõe que frequentemente a comunicação em massa produz mais benefícios do que os tradicionais estímulos de natureza econômica. No entanto, esses benefícios devem persuadir o usuário do fomento a realizar os fins buscados pelo Poder Público, e não fins de interesse privado.

Os meios honoríficos se apresentam como aqueles meios utilizados para atribuir às pessoas a ideia de honra, glória, reconhecimento público, a fim de fazer com que os particulares realizem certas

---

ternacional é abordada por inúmeros acordos e tratados, ao exemplo do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT – *General Agreement on Tariffs and Trade*).

atividades específicas de interesse do Poder Público, sem conceder remuneração. Neste caso, o Estado proporciona medidas honoríficas como recompensa para os particulares que atuam da forma que Estado deseja (MELLO, 2003, p. 92-93).

Os meios econômicos são todas aquelas vantagens e benefícios, de caráter econômico, atribuídos aos particulares. Ou seja, concedem um benefício patrimonial ao agente fomentado. Existem diversas formas de auxílio dessa natureza, podendo inclusive, ser em dinheiro ou de outra natureza. São alguns exemplos, as vantagens econômicas de caráter real e as vantagens econômicas de caráter financeiro.

Segundo Célia Cunha Mello (2003, p. 94-95), as vantagens econômicas de cunho real são os benefícios que consistem na disposição de bens públicos e serviços técnicos aos particulares fomentados. Nesta situação, o Estado não desembolsa dinheiro público, apenas coloca à disposição de determinados particulares bens e serviços gratuitos ou com preços inferiores. Portanto, as vantagens econômicas concedidas são de caráter reais e visam proporcionar ao setor menos custos.

Por sua vez, as vantagens econômicas de caráter financeiro, se manifestam nos auxílios econômicos provenientes da Administração Pública para os particulares fomentados. Essas vantagens podem ser divididas em duas modalidades, o auxílio direto e o auxílio indireto.

No auxílio direto, a atividade de fomento acarreta no desembolso de recursos públicos para determinado agente desempenhar a atividade econômica de interesse público. Neste caso, o usuário do fomento público se obriga a desempenhar a atividade econômica de interesse do Estado, por estar recebendo auxílio financeiro direto da administração, devendo respeitar as condições estabelecidas para a concessão do fomento e sua manutenção (MELLO, 2003, p. 99). São exemplos: investimentos a longo prazo do governo federal pelos bancos de desenvolvimento; empréstimos concedidos pela Administração Pública; subvenções sociais e econômicas, entre outros.

Já na modalidade de auxílio indireto, o Estado se propõe a deixar de receber a totalidade ou parcela de quantidade financeira devida pelo

agente econômico, em decorrência da renúncia de valores pelos quais o Estado tem direito. Assim sendo, não há um desembolso de aporte financeiro como ocorre no auxílio direto, o que ocorre é uma redução da receita pública, pelo fato de deixar de receber quantia, que seria devida se o particular não estivesse sob fomento (MELLO, 2003, p. 99). São exemplos: incentivos fiscais; redução fiscal; isenção, entre outros.

Conforme dito anteriormente, são várias as classificações dos instrumentos de fomento utilizados pela Administração Pública. Para se ter mais alguns exemplos neste trabalho, demonstra-se a classificação de Augusto de Athayde (1983 apud SOUTO, 2011, p. 134-151), de forma sintetizada, que se divide em: subsídios (financiamento público a fundo perdido); garantias (ex.: aval, fiança, entre outros); benefícios e incentivos fiscais; assistência técnica; empréstimos sob condições favoráveis; protecionismo à produção nacional; desenvolvimento do mercado de títulos; e privilégios especiais (acordos entre os particulares e o poder público para promoção do desenvolvimento nacional, que resultam em vantagens de mercado para certas empresas).

Aponta-se que os instrumentos de fomento público citados acima são meros exemplos e não esgotam todas as formas possíveis de o Estado incentivar determinado setor ou atividade econômica. Isso se justifica no fato de o fomento se direcionar para diferentes setores, que apresentam suas próprias peculiaridades, sendo demasiadamente difícil estabelecer todas as medidas capazes de assumir o papel de fomento efetivo para todos os setores da economia nacional.

Por fim, evidencia-se que as próprias medidas de fomento são inúmeras e diversas, o que dificulta e torna inviável a sistematização de todos os possíveis e existentes instrumentos, meios e técnicas utilizados pela Administração Pública no incentivo de agentes e setores econômicos nacionais, com o intuito de se atingir a finalidade do desenvolvimento nacional.

#### **4. CONCLUSÃO**

A atividade administrativa de fomento se demonstrou ao longo do trabalho como um interessante meio para promover o

desenvolvimento econômico e social nacional. O fomento dispõe de instrumentos capazes de incentivar particulares e setores a desenvolver atividades econômicas de interesse público. Sem que para isso, o Estado recorra à meios coercitivos ou compulsórios que restrinjam a liberdade dos particulares.

No que tange à classificação do fomento, sucintamente, cabe realçar que se trata de intervenção indireta no domínio econômico, sob a função estatal do incentivo (art. 174, CF/88). Na intervenção indireta, o Estado não atua de forma ativa e concreta na economia (como produtor de bens e serviços), pois se limita a estimular e incentivar os sujeitos privados a desempenhar determinadas atividades econômicas que sejam de interesse do Poder Público, criando condições necessárias para que ocorra a correção de falhas de mercado, e produza externalidades positivas.

Sobre as técnicas de fomento público, podem ser divididas quanto à vontade do sujeito fomentado (meio positivo ou negativo) ou quanto às vantagens concedidas, que englobam os meios psicológicos (induzem opiniões e valores – propaganda); meios honoríficos (recaem sobre a honra e reconhecimento público – recompensas honoríficas); e meios econômicos (vantagens econômicas de caráter real ou vantagens econômicas de caráter financeiro – auxílios diretos e indiretos).

Sobre este ponto, enfatiza-se que os instrumentos de fomento público expostos no trabalho são apenas exemplificativos, tendo em vista que não esgotam todas as inúmeras medidas que o Estado pode adotar para fomentar determinado setor ou atividade econômica. Essa impossibilidade de prever todas os instrumentos e meios de fomento está intimamente ligado às peculiaridades apresentadas por diferentes setores da economia, dado que uma medida de fomento pode surtir efeito positivo para determinado setor, e ao mesmo tempo, não causar efeito ou causar efeito negativo em outro.

Para que o fomento público seja efetivo é imprescindível que disponha de um planejamento estratégico com o propósito de

delimitar os objetivos, o tempo e o lugar em que será empregado os instrumentos de fomento. O planejamento visa identificar os setores da economia que necessitam de investimento público ou outros benefícios, bem como a intensidade pela qual deve ser fomentado, para que essa atividade não entre em choque com os valores e princípios gerais da atividade econômica.

Por fim, pode-se concluir que apenas com a integração da função do planejamento com a função do incentivo que a Administração Pública conseguirá realizar um fomento capaz de concretizar o desenvolvimento nacional e colher os diversos benefícios econômicos e sociais decorrentes da atividade fomentada.

## REFERÊNCIAS

ALCÁZAR, Mariano Baena del. Sobre el concepto de fomento. *Revista de Administración Pública*, Espanha, n. 54, 43-85, set./dez. 1967. Disponível em: <<https://goo.gl/JhdbPt>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. O estado e a ordem econômica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 143, p. 37-50, jan./mar. 1981. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/43285/41945>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 226, p. 187-212, out./dez. 2001. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47240/44652>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

BRASIL. *ADI 1.950*, São Paulo, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 03 nov. 2005, Plenário, Diário da Justiça de 02 jun. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266808>>. Acesso em 23 abr. 2018.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

HAJ-OMAR, Jabr H. D. O papel do governo na economia. *Indicadores Econômicos FEE*, Porto Alegre, v. 29, n. 1, p. 211-235, 2001. Disponível em: <<https://revistas.fee.tche.br/index.php/indicadores/article/view/1295/1663>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Elementos do fomento. In: DI PIETRO, Ma-

- ria Sylvia Zanella (coord.). *Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado*. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014a. p. 429-264.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites ao Fomento. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado*. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014c. p. 469-492.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Noções gerais sobre o fomento estatal. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado*. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014b. p. 405-428.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, a. 8, n. 32, p. 57-71, out./dez. 2010.
- MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MAZZUCATO, Mariana. *O Estado Empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. Setor privado*. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014.
- MEDEIROS, Neuci Pimenta de. *Aspectos Constitucionais da Intervenção do Estado na Economia*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Marília, Marília. 2011.
- MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Ordem econômica e desenvolvimento econômico na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: APEC, 1989.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- POZAS, Luis Jordana de. Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo. *Revista de Estudios Políticos*, Espanha, v. 54, p. 41-54, nov./dez. 1949. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2127752.pdf>>. Acesso em 29 abr. 2018.
- SCHAPIRO, Mario Gomes. *Novos parâmetros para a intervenção do Estado na Economia*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; GOLDENSTEIN, Alberto Israel Barbosa de Amorim. O fomento como forma de intervenção do estado na economia e a proteção dos direitos fundamentais. In: XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, 2015, Belo Horizonte. *Anais do XXIV Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: CONPEDI, 2015. P. 107-108.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 1999.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. Estímulos positivos. In CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; DOS SANTOS, Márcia Walquíria Batista. *Curso de Direito Administrativo Econômico*. v. 2. São Paulo: Malheiros, 2011.
- TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2006.
- WORLD BANK. *World Development Report 1997: The State in a Changing World*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1997. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10986/5980>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

# A EXPROPRIAÇÃO DE INVESTIMENTO ESTRANGEIRO POR INTERESSE PÚBLICO NO NOVO DIREITO ADMINISTRATIVO

Gabriel Oliveira de Aguiar Borges<sup>1</sup>

Michel Evangelista Luz<sup>2</sup>

*“O bem que o Estado pode fazer é limitado; o mal, infinito. O que ele nos pode dar é sempre menos do que nos pode tirar.” (Roberto Campos)*

## 1. INTRODUÇÃO

O Estado possui vários fins, dentre os quais a garantia da ordem, da justiça e do bem-estar de toda a sociedade. Contudo, a mesma capacidade que essa instituição tão poderosa e hipertrofiada possui de fazer coisas boas pelos cidadãos pode também ser utilizada para causar estragos absurdos. E geralmente o faz.

Todos os dias, se vê, nos noticiários, problemas causados pelo Estado demasiadamente forte: oligopólios empresariais, corrupção, desmandos de políticos, dentre outras situações. Por isso é que, em

- 
- 1 Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia – UFU (Área de concentração: Direitos e Garantias Fundamentais). Linha de pesquisa: Sociedade, Sustentabilidade e Direitos Fundamentais). Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES. Graduado em Direito também pela Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia – UFU. Advogado. E-mail: gabrieloab@outlook.com.
  - 2 Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia – UFU (Área de concentração: Direitos e Garantias Fundamentais). Linha de pesquisa: Sociedade, Sustentabilidade e Direitos Fundamentais). Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES. Graduado em Direito pela Faculdade Pitágoras de Uberlândia. Advogado. E-mail: michelluzadv@hotmail.com.

tese, a Administração Pública só pode fazer aquilo que a lei permite. Por que “em tese”?

A resposta está no chamado “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado”. Há décadas, esse “princípio” tem sido utilizado para justificar atitudes de opressão estatal para com o cidadão. É dizer, em nome de suposto “interesse público”, o Estado incorre em condutas que afrontam a democracia, a liberdade e a dignidade humana pela qual deveria velar.

É verdade que, sendo o homem um ser gregário e vivendo-se em um Estado Democrático de Direito, espera-se que o interesse público seja tutelado. Contudo, há dois problemas cabais com referido “princípio”. Por um lado, Primeiramente, as constituições na contemporaneidade têm o homem como centro do ordenamento jurídico, como fim em si mesmo, garantindo a dignidade humana, ou seja, protegendo-o em sua individualidade. Por outro, o gestor público, inúmeras vezes, tende a confundir a noção de “interesse público” com a de “interesse da Administração Pública”, o que inevitavelmente leva aos supracitados desmandos estatais.

Contudo, legalmente, os Estados ainda possuem soberania e jurisdição dentro de seus territórios, podendo, em nome do interesse público, expropriar investimentos estrangeiros. Mas o que é esse “interesse público”? Quando ele pode ser invocado para esses fins? Pode um Estado cometer, ao seu bel prazer, a expropriação direta ou mesmo indireta de investimento estrangeiro em nome de um abstrato “interesse público”?

Essas são as questões que o presente estudo pretende responder, tendo a consciência que no mundo globalizado é cada vez mais comum o investimento em outros países de tal modo que em termos de negócios às fronteiras praticamente deixam de existir.

## 2. EXPROPRIAÇÃO

A proteção da titularidade de um investimento, sua exploração

econômica e diminuição dos riscos políticos e sociais que estão ao seu redor são fatores chaves para que um investidor decida aplicar e levar adiante seus investimentos em um determinado país, o que tem efeitos positivos no desenvolvimento econômico. Nesse sentido, o Banco Mundial aponta que a segurança dos direitos de propriedade vincula-se a lucratividade, assegurando a todas as empresas, grande ou médias, informais ou formais, rurais ou urbanas, a capacidade de colher os frutos dos seus investimentos.

Dessa forma, quanto mais protegido for o investimento, mais forte será o vínculo entre esforço e lucratividade e, assim, também será maior o incentivo para abrir novos negócios e investir nos existentes.

O fato do Estado regular e especificar a expropriação não implica na perda do seu poder regulatório, pois este conta com seu poder de polícia e pode seguir regulando a atividade econômica, mesmo modificando as suas normas, como tem sido afirmado pelos tribunais internacionais em matéria de investimento estrangeiro (HIGA SILVA; SACO CHUNG, 2013, p. 248).

Nesse sentido, para se analisar se o Estado hospedeiro está autorizado a realizar uma expropriação é preciso verificar se o tratamento justo e equitativo está presente, pois este deve prevalecer em todo o processo expropriatório (HIGA SILVA; SACO CHUNG, 2013, p. 248).

Assim, diante da realização de uma análise jurisprudencial de distintos enunciados de trato justo e equitativo nos tribunais arbitrais foi possível concluir que está cláusula abrange os seguintes aspectos (HIGA SILVA; SACO CHUNG, 2013, p. 250 – 251):

- a) Transparência no processo de tomada de decisão;
- b) Previsibilidade;
- c) Devido processo formal e material;
- d) Estabilidade;
- e) Proteção das legítimas expectativas do investidor;
- f) Proteção contra coerção e assédio;
- g) Vedação a tratamento arbitrário e discriminatório;

- h) Proporcionalidade e equilíbrio entre o direito do investidor e o interesse público.

Segundo Stephan Schill (2006, p. 9), o trato justo e equitativo deve ser entendido como o reflexo do princípio do Estado de Direito, o que consiste em que o governo se encontre limitado por regras prefixadas e anunciadas previamente aos particulares, com relativa certeza, prever como a autoridade utilizará seu poder coercitivo em certas circunstâncias e, desse modo, planejar seus próprios assuntos com base nesse conhecimento.

O conceito de Estado de Direito implica, também, que os indivíduos afetados sejam reconhecidos como sujeitos de direitos a serem levados em conta no processo de tomada de decisão pública, na busca de se encontrar um equilíbrio adequado entre os interesses individuais e interesses públicos e o desenho institucional do governo, isto é, deve haver uma separação de poderes e uma revisão dos atos estatais por um judiciário independente (SCHILL, 2009, p. 15). Desta maneira se garantirá um esquema que permita ao investidor estrangeiro conhecer o quadro em que está investindo, planejar seu investimento e defendê-lo perante uma medida que possa vir a prejudicá-lo, o que lhe permitirá avaliar os riscos que estaria assumindo ao investir no país (HIGA SILVA; SACO CHUNG, 2013, p. 251 – 252).

Os acordos bilaterais possuem um patamar mínimo de tratamento, esse patamar abrange, por exemplo, às cláusulas de não-discriminação, tratamento nacional, tratamento justo e equitativo (FET), livre transferência de capitais, compensação justas por expropriação direta ou indireta, nação mais favorecida e previsão de arbitragem internacional para a resolução de conflitos, o que assegura celeridade no julgamento dos casos submetidos ao Tribunal Arbitral, sendo comum a escolha do Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (ICSID).

O padrão do tratamento justo e equitativo (“*Fair and Equitable Treatment*”, ou FET) se tornou o centro de discussão em muitos fóruns e a maioria dos árbitros o aplicam. Esse padrão constitui um

dos mais importantes elementos disponíveis a um investidor estrangeiro para proteger seu investimento em outro país porque lhe garante certo tratamento por parte do Estado hospedeiro independentemente do tratamento que este Estado dá a seus próprios nacionais. Apesar de a maioria dos acordos de investimentos garantirem esse padrão, não existe certeza sobre seu real significado, bem como critério de aplicação (BRONFMAN, 2005, p. 90).

Isso causa preocupação aos investidores estrangeiros em virtude da diversidade de jurisprudência sobre o assunto e, embora, a estrutura dos tratados sejam diferentes o que dificulta a identificação de um padrão, tratados e acordos de investimentos diferentes têm evoluído ao longo dos anos com a intenção de fornecer um maior número de ferramentas capaz de tornar esse padrão mais uniforme.

O fato é que as tentativas de esclarecer o conteúdo normativo desse padrão, até recentemente, foram relativamente poucas. Existe uma visão de que a vagueza da expressão é intencional para dar aos árbitros a possibilidade de articular a gama de princípios necessárias para atingir o propósito do tratado em querelas particulares.

Contudo, alguns governos parecem preocupados, pois quanto menos orientações os árbitros tiverem, maior será a discricionariedade o que proporciona o aumento de decisões *ex aequo et bono*, baseadas, por exemplo, nas noções dos próprios árbitros de “justiça” e “equidade”.

Tratados recentes, como o Nafta e o *United States – Chile Free Trade Agreement* progrediram bastante em criar uma definição em seus capítulos sobre investimentos.

Não obstante, essa tendência não tem sido suficiente para os tribunais desenvolverem uma jurisprudência uniforme sobre o significado do termo “Tratamento Justo e Equitativo” (BRONFMAN, 2005, p. 91).

Indiscutivelmente, a maioria dos Estados e investidores acreditam que tratamento justo e equitativo é, implicitamente, o mesmo que o padrão mínimo internacional (UNCTAD, 1999, p.13). Mas

do que se trata esse padrão? Trata-se de alguns direitos básicos estabelecidos pelo Direito Internacional que estabelece ao Estados hospedeiros a obrigatoriedade de garantir aos estrangeiros determinada proteção, independentemente do tratamento dado a seus próprios cidadãos. A violação desse padrão pode resultar em responsabilidade internacional para o Estado hospedeiro.

O padrão do tratamento justo e equitativo, presente no direito internacional dos investimentos, ganhou importância como mecanismo contra o comportamento injusto e desigual dos Estados hospedeiros em face dos investidores estrangeiros. Ele surgiu como uma resposta fundamental para um novo tipo de expropriação que pode ser realizada contra o investidor.

Esse novo tipo de expropriação é um comportamento do Estado hospedeiro que não envolve a tomada direta da propriedade (expropriação direta), ou a conduta que impossibilita o uso da propriedade (a chamada "*creeping expropriation*"). Esse novo tipo consiste em certo tratamento dado pelo Estado hospedeiro que eventualmente impossibilitaria o investidor de desenvolver o investimento, afetando, portanto, seus direitos de propriedade. É o caso, por exemplo, da falta de transparência do Estado hospedeiro que não permite que o investidor aprenda todas as normas que envolvem seu investimento, resultando em prejuízos inesperados (UNCTAD, 1999, p.102).

O padrão de tratamento justo e equitativo é frequentemente invocado por investidores estrangeiros junto a cortes arbitrais, alegando que, apesar de não terem sido afetados pelas formas tradicionais de expropriação, tornaram-se incapazes de desenvolver seu investimento devido a uma conduta do Estado hospedeiro, pois a verdadeira intenção das partes quando assinam um acordo de investimento é, na maioria dos casos, garantir a melhor proteção aos investidores, permitindo o fluxo livre de investimento em seu território. O benefício mais importante é que isso permite que o padrão seja interpretado conforme a verdadeira intenção das partes.

Em outras palavras, garante a melhor proteção ao investidor, implicando na mais justa e equitativa conduta pelo Estado hospedeiro com relação a fatos específicos do caso.

No caso *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. vs. República do Chile*, no qual a única acusação contra a República do Chile foi uma violação do padrão de tratamento justo e equitativo, o Tribunal reconheceu que o BIT entre Chile e Malásia não estabelece critérios para sua aplicação. Nesse caso, as partes concordaram em aplicar os critérios do caso *Chorzow Factory*, julgado pela Corte Permanente de Justiça, que estatui que a indenização deve eliminar todas as consequências do ato ilegal e restabelecer a situação que, com toda a probabilidade, teria existido se não tivesse sido cometida<sup>3</sup>.

Apesar de ser um critério justo e razoável, poderia ser aplicado em querelas onde não há concordância entre as partes e nenhuma referência a isso é feita no acordo de investimento? Seria o valor justo de mercado aplicável? (BRONFMAN, 2005, p. 105).

No caso *Marvin Feldman vs México*, o Tribunal entendeu que, “O Nafta não fornece orientação adicional quanto à medida adequada de indenização ou compensação por situações que não se enquadram no artigo 1101 (expropriação); a única medida por menorizada de indenização especificamente prevista no capítulo 11 é o artigo 1101 (2-3) «justo valor de mercado», que se aplica necessariamente apenas às situações abrangidas pelo artigo 1101.” (BRONFMAN, 2005, p. 105).

Considerando que não há critério para se aderir, o tribunal determinou os danos em uma base discricionária.

Por fim, com relação à quantia da compensação que deve ser garantida a um investidor que sofreu violação do padrão de tratamento justo e equitativo, com certeza, haverá uma discussão sobre a possibilidade de a compensação ser calculada conforme o valor de

3 Tradução livre, Texto original disponível em: <[http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.07.26\\_chorzow/](http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.07.26_chorzow/)>. Acesso em 08.06.2017.

mercado do investimento todo, o que, na prática, equivale ao confisco de propriedade (BRONFMAN, 2005, p. 105).

Outro importante princípio é o do tratamento nacional. Para a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) este princípio se concretiza quando o país receptor estende aos investidores internacionais um tratamento tão favorável quanto o garantido aos investidores domésticos em circunstâncias semelhantes (UNCTAD, 1999, p.11).

Trata-se de um padrão relativo, pois não pode ser determinado em sua completude, tendo em vista que se refere ao tratamento concedido pela lei de determinado Estado a seus nacionais (SCHLEE, 2005, p.84).

Geralmente, o tratamento nacional pode ser visualizado nos casos em que o investimento doméstico recebe tratamento mais favorável do que o investimento estrangeiro, embora ambos se encontrem no mesmo setor econômico, fazendo com que este alegue estar em uma situação de vulnerabilidade, em virtude das medidas adotadas pelo Estado hospedeiro (ICSID, 2000, p. 83).

A cláusula de nação mais favorecida (Most-Favoured-Nation Treatment or MFN) veda a discriminação por nacionalidade nos tratados internacionais econômicos. Nesse sentido, as obrigações oriundas dessa cláusula requerem que o Estado hospedeiro não discrimine por meio de seus atos, pessoas, entidades, mercadorias, serviços ou investimentos de nacionalidades diversas, ou seja, a MFN assegura que haja igualdade de oportunidades entre os investidores de outros Estados. Assim, a presente cláusula automaticamente generaliza as vantagens de um Estado ao outro, resultando em igualdade, prevenindo a discriminação, pois estabelece o mesmo nível máximo de oportunidades, tendo em vista que servem como um seguro contra os responsáveis pela conclusão dos tratados internacionais (SCHWARZENBERGER, 1945, p. 99 -100), multilateralizando as relações bilaterais (SCHILL, 2009, p. 1630).

### 3. INTERESSE PÚBLICO

Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que interesse público é a projeção, em um plano coletivo, dos interesses individuais e privados. É dizer, seria um interesse comum a todos os sujeitos, representando o ideal de segurança e bem-estar almejados por esse grupo social (MELLO, 2003, p.53).

Doutrinariamente, é comum dividir o interesse público entre interesse público primário e interesse público secundário, sendo que o primeiro se trata da melhor forma de garantir o cumprimento dos mandamentos constitucionais, ao passo que o segundo consistiria no interesse da pessoa jurídica de direito público.

#### 3.1. PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO

Mello afirma que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado “trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados.” (MELLO, 2003, p.60).

Na mesma linha, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, 2004, p. 69 – 70) procura explicar que, em que pese os “novos tempos” levem a uma certa relativização desse princípio, há axiomas que não podem ser ignorados, dentre eles a função das normas de direito público de atender ao bem-estar coletivo, que afirma ser o interesse público, enquanto que o interesse particular seria apenas “interesse reflexo”.

Também Hely Lopes Meirelles ensina que, quando o interesse individual se confrontar com o “interesse da comunidade”, este deverá prevalecer, tendo em vista que o bem comum é o principal objetivo da Administração, levando as leis administrativas a visar assegurar essa

supremacia (MEIRELLES, 2001, p. 43).

Com base nesses três autores, podemos conceituar o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado como princípio segundo o qual o interesse público, que haveria de ser o melhor interesse de toda a comunidade, sempre prevalecerá sobre o interesse do particular. O problema é que “interesse público” não raramente é confundido com interesse da Administração, matéria abordada no tópico abaixo.

### **3.2. DO DEVER DE PROPORCIONALIDADE NA COLISÃO ENTRE INTERESSE PÚBLICO E PRIVADO: A EXPROPRIAÇÃO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO POR INTERESSE PÚBLICO**

Gustavo Binimbojm (2008, p. 95), para desconstruir o princípio da supremacia do interesse público afirma que, tendo em vista que tal princípio afasta a proteção a interesse privado em qualquer caso concreto em que este esteja em colisão com interesse público, suprime espaços para ponderações.

Ademais, vale dizer que, tendo em vista que a Constituição é orientada sob a égide do princípio da dignidade humana, há a necessidade constitucional de se estabelecer a proteção ao interesse individual quando ameaçado por interesses promovidos pelo Estado.

Acerca desse assunto, Humberto Ávila afirma que “o interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado (p. ex. preâmbulo e direitos fundamentais).” ÁVILA, 1999. p. 111).

Outra posição interessante é a de Luís Roberto Barroso (Apud, BINENBOJM, 2008, p. 95) para quem o interesse público secundário não goza de supremacia em face do interesse particular, devendo sempre o operador do Direito aplicar a melhor técnica de ponderação. Por outro lado, em se tratando de interesse público primário, este

seria, no interesse de Barroso, o próprio parâmetro de ponderação, devendo desfrutar de supremacia dentro da ordem constitucional.

Importante sobre essa temática é ter em mente que as constituições pós-modernas têm o mérito de posicionar o ser humano no centro do ordenamento, tornando o homem um fim em si mesmo, razão pela qual há amplos róis de direitos fundamentais.

Com base nesse argumento, Binjenbojm (2008, p. 104) sustenta que “o reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituído pela Constituição e a estrutura *maleável* dos princípios constitucionais inviabiliza a determinação *a priori* de uma regra de supremacia absoluta do coletivo sobre o individual”.

Sendo assim, havendo conflito entre interesse público e particular, (...) a proporcionalidade guiará o itinerário lógico a ser percorrido pelo administrador com vistas à máxima realização dos interesses em jogo e a causação do menor sacrifício possível de cada um deles. Assim sendo, na ponderação, a restrição imposta a cada interesse em jogo, num caso de conflito entre princípios constitucionais, só se justificará na medida em que: (a) mostrar-se apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto, (b) não houver solução menos gravosa ao interesse contraposto, e (c) o benefício logrado com a restrição a um interesse compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico. (BINENBOJM, 2008, p. 107)

Trazendo a discussão para o objeto do presente estudo, tem-se que, para o Estado expropriar, direta ou indiretamente, um investimento estrangeiro, deverá garantir a sobrevivência do interesse do investidor, no caso, com adequada compensação pecuniária, o benefício público logrado com essa expropriação deverá ser maior do que o prejuízo sofrido pelo investidor e, naturalmente, não deve haver solução menos gravosa para o investidor estrangeiro.

#### 4. CONCLUSÃO

A expropriação é, provavelmente, a forma mais séria de interferência na propriedade, tendo em vista que ela frustra as legítimas

expectativas do investidor. Nesse sentido com a incorporação da dignidade da pessoa humana ao ordenamento jurídicos dos Estados os acordos internacionais versado sobre investimentos estrangeiros passaram a prever novas garantias ao investidor, como a proteção contra expropriações, trato justo e equitativo, dentre outras, pois em um passado não muito distante era comum a prática do Estado hospedeiro em apreender ativos de investidores estrangeiros por meio de atos administrativos despropositados, sem a devida compensação.

Frente as novas garantias oriundas dos direitos fundamentais o Estado hospedeiro não pode expropriar o investidor estrangeiro sem observar o devido processo legal, pois o interesse público tem que ser analisado por meio de uma ponderação principiológica sob pena de gerar enriquecimento ilícito e retrocesso social.

## REFERÊNCIAS

AMADOR, García. *International Responsibility: Fourth Report*. Yearbook of the International Law Commission, 1959.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *O Direito Público em Tempos de Crise – Estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BANCO MUNDIAL. *A better investment climate for everyone*. World Development Report 2005. Washington, D.C.: World Bank e Oxford University Press, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

BRONFMAN, Marcela Klein. *Fair and equitable treatment: an evolving standard*. *Estudios internacionales*. yr:2005 iss:150 pg:89 -105.

BROWER, Charles. *Protection of foreign investment under NAFTA chapter 11 – expropriation – performance requirements – national treatment – fair and equitable treatment – damages – judicial review of arbitral award (Canada)*. *The American Journal of International Law*. yr:2004 vol:98 iss:2 pg:339 -348.

DAVITTI, Daria. *On the Meanings of International Investment Law and International Human Rights Law: The Alternative Narrative of Due Diligence*. *Human Rights Law Review*. ano:2012 vol:12 fasc:3 pág:421 -453.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

GALLUS, Nick. *Argentine economic crisis – Argentina-UK bilateral investment treaty – fair and equitable treatment – protection and constant security – renunciation of legal remedies. The American Journal of International Law*. Yr :2009 vol:103 iss:4 p. 722 -727 Disponível em: [go.galegroup.com/ps/i.do?p=AONE&sw=w&u=capes&v=2.1&id=GALE%7CA217771171&it=r&asid=14cbbdb6b4369dbbf16ffeb377d84d7](http://go.galegroup.com/ps/i.do?p=AONE&sw=w&u=capes&v=2.1&id=GALE%7CA217771171&it=r&asid=14cbbdb6b4369dbbf16ffeb377d84d7). (Acesso em 09.05.2017).

GANTZ, David. *Protection of foreign investment under the NAFTA chapter 11 – UNCTRAL arbitration rules – national treatment – performance requirements – fair and equitable treatment – expropriation – damages – allocation of costs. The American Journal of International Law* yr: 2003 vol:97 iss:4 pg:937.

HIGA SILVA, César; SACO CHUNG, Víctor. *Constitucionalización del derecho internacional de las inversiones: los casos de la expropiación indirecta y el trato justo y equitativo. Derecho PUCP*, [S.l.], n. 71, p. 231-256, nov. 2013. ISSN 2305-2546. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8903/9308>>. Acesso em: 09.05.2017.

ICSID. *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, 2000, p. 83. Disponível em <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0748.pdf>. Acesso em 08.06.2017.

KANTOR, Mark. *Fair and Equitable Treatment: Echoes of FDR's Court-Packing Plan in the International Law Approach Towards Regulatory Expropriation. The Law and practice of international courts and tribunals*. yr:2006 vol:5 iss:2 pg:231 -257.

KILL, Theodore. *Don't cross the streams: past and present overstatement of customary international law in connection with conventional fair and equitable treatment obligations. Michigan Law Review*. yr:2008 vol:106 iss:5 pg:853 -881.

KRIEBAUM, Ursula. *The relevance of economic and political conditions for protection under investment treaties. The Law and practice of international courts and tribunals*, yr:2011 vol:10 iss:3 pg:383 – 404.

MANN, Howard. *Is fair and equitable fair, equitable, just, or under law? Proceedings of the Annual Meeting-American Society of International Law*, Annual 2006, pp. 69-77. Disponível em: [galegroup.ez34.periodicos.capes.gov.br/ps/i.do?p=AONE&sw=w&u=capes&v=2.1&it=r&id=GALE%7CA158949840&asid=2a1edd21033ce697b7df122bcaef2fe](http://galegroup.ez34.periodicos.capes.gov.br/ps/i.do?p=AONE&sw=w&u=capes&v=2.1&it=r&id=GALE%7CA158949840&asid=2a1edd21033ce697b7df122bcaef2fe). Acesso em 09.05.2017.

MCLACHLAN, Campbell; SHORE, Lawrence; WEINGER, Matthew. *International investment arbitration, substantive principles*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

MEINERO, Fernando Pedro. *Tratamento justo e equitativo a investimentos estrangeiros na Argentina. Análise das expectativas legítimas na jurisprudência do ICSID. Revista de la secretaría del Tribunal permanente de revisión*, yr:2015 vol:3 iss:5 pg:115 -136.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. *Germany v. Poland*. 1926, Ser. A, No. 7 p. 42. Norwegian Shipowners' Claims (Norway v. US). Recueil des Senten-

ces Arbitrales, 1922, p. 332. Disponível em [http://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_I/307-346.pdf](http://legal.un.org/riaa/cases/vol_I/307-346.pdf). Acesso em 08.06.2017.

SCHILL, Stephan W. *The multilateralization of international investment law*. Cambridge: Cambridge International Press, 2009.

SCHILL, Stephan. *Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law*. IILJ Working Paper, 2006/6.

SCHILL, Stephan. *General Public International Law and International Investment Law – A Research Sketch on Selected Issues, December 2009*, p. 15. <http://telc.jura.uni-halle.de/sites/default/files/BeitraegeTWR/Heft%20105.pdf>. (acesso em 26.07.2017).

SCHLEE, Paula C. *Padrões de tratamento do estrangeiro e sua propriedade em matéria de investimento: análise da jurisprudência do ICSID*. DeCITA, direito do comércio internacional: temas e atualidades. 3. ed. jul. 2005.

SCHRIJVER, Nico. *Sovereignty Over Natural Resources*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

SCHWARZENBERGER, Georg. *The Most-Favoured Nation Standard in British State Practice*. The British Yearbook of International Law, 1945.

SCHWEBEL, Stephen M. *The Story of the UN's Declaration on Permanent Sovereignty Over Natural Resources, 1963, American Bar Association Journal, reprinted in Justice in International Law: Selected Writings of Stephen M Schwebel*, Cambridge: Cambridge University Press, 1994.

SHEFFER, Megan Wells. *Bilateral investment treaties: a friend of foe to human rights*. 39º Denver Journal of International Law and Policy, Summer 2011.

UNCTAD. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Expropriation. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. New York and Geneva: United Nations, 2012*. p. XI. Disponível em: <[http://unctad.org/en/Docs/unctadaddiaia2011d7\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/unctadaddiaia2011d7_en.pdf)>. Acesso em: 08.06.2017.

UNCTAD. *Fair and Equitable Treatment*. UNTACD series on Issues in International Investment Agreement. Nova York e Genebra, 1999.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *National Treatment: UNCTAD Series on issues in International Investment Agreements*. New York and Geneva: United Nations, 1999, p. 11. Disponível em: <<http://unctad.org/en/Docs/psiteiid11v4.en.pdf>>. Acesso em: 08.06.2017.

# **ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO DE GOIÁS – GESTÃO 2016-2018**

## **Diretoria da OAB/GO**

Lúcio Flávio Siqueira de Paiva - Presidente  
Thales José Jayme - Vice-Presidente  
Jacó Carlos Silva Coelho - Secretário-Geral  
Delzira Santos Menezes - Secretária-Geral Adjunta  
Roberto Serra da Silva Maia – Tesoureiro

## **Diretoria da Escola Superior de Advocacia da OAB/GO**

Rafael Lara Martins - Diretor-Geral  
Giovanny Heverson de Mello Bueno - Diretor-Adjunto  
Luciana Lara Sena Lima - Diretora-Adjunta  
Rildo Mourão Ferreira - Diretor-Adjunto

## **Conselho Federal da OAB/GO**

Dalmo Jacob do Amaral Júnior  
Fernando de Paula Gomes Ferreira  
Leon Deniz Bueno da Cruz  
Marcello Terto e Silva  
Marisvaldo Cortez Amado  
Valentina Jungmann Cintra

## **Diretoria da CASAG**

Rodolfo Otávio Pereira da Mota Oliveira – Presidente  
Marcelo Di Rezende Bernardes - Vice-Presidente  
Ana Lúcia Amorim Boaventura - Secretária-Geral  
Estênio Primo de Souza - Secretário-Geral Adjunto  
Carlos Eduardo Ramos Jubé - Direto Tesoureiro  
Cácia Rosa de Paiva - Diretora-Adjunta  
Hélcio Costa de Oliveira - Diretor-Adjunto  
Osório Evandro de Oliveira Silva - Diretor-Adjunto  
Tênio do Prado - Diretor-Adjunto  
Thiago Mathias Cruvinel - Diretor-Adjunto

## Conselho Seccional da OAB/GO

Aibes Alberto da Silva  
Allinne Rizzie Coelho Oliveira Garcia  
Ana Carollina Ribeiro Barbosa  
Ana Paula Félix de Souza Carmo Gualberto  
André Luis Cortes de Souza  
Arcênio Pires da Silveira  
Ariana Garcia do Nascimento Teles  
Bárbara de Oliveira Cruvinel  
Bartira Macedo de Miranda Santos  
Carla Franco Zannini  
Carlos André Pereira Nunes  
Caroline Regina dos Santos  
Colemar José de Moura Filho  
Daniella Grangeiro Ferreira  
Danilo Di Rezende Bernardes  
Danúbio Cardoso Remy  
David Soares da Costa Junior  
Diego Martins Silva do Amaral  
Dirce Socorro Guizzo  
Eduardo Alves Cardoso Júnior  
Eliane Ferreira Pedroza de Araújo Rocha  
Eliane Simonini Baltazar Velasco  
Erlon Fernandes Cândido de Oliveira  
Fabrício Antônio Almeida de Brito  
Fabrício Cândido Gomes de Souza  
Fabricio Rocha Abrão  
Flávia Silva Mendanha Crisóstomo  
Flávio de Oliveira Rodovalho  
Flávio Henrique Silva Partata  
Henrique Alves Luiz Pereira  
Idélcio Ramos Magalhães Filho  
Iraci Teófilo Rosa  
Janine Almeida Sousa de Oliveira  
Janúncio Januário Dantas  
Jean Pierre Ferreira Borges  
Jônatas Moreira  
José Carlos Ribeiro Issy  
José Humberto Abrão Meireles  
José Mendonça Carvalho Neto  
Juscimar Pinto Ribeiro  
Leandro de Oliveira Bastos  
Leandro Martins Pereira  
Leandro Melo do Amaral  
Lilian Pereira de Moura  
Luciano de Paula Cardoso Queiroz  
Luis Gustavo Nicoli  
Marcos Cesar Gonçalves de Oliveira  
Marlene Moreira Farinha Lemes  
Maura Campos Domiciana  
Maurício Alves de Lima  
Milena Maurício Moura  
Nadim Neme Neto  
Osmar de Freitas Junior  
Paulo Gonçalves Paiva  
Philippe Dall'Agnol  
Rafael Lara Martins  
Raphael Rodrigues de Ávila Pinheiro Sales  
Renata Abalém  
Renata Medina Felici  
Ricardo Gonçalves  
Ricardo Silva Naves  
Rildo Mourão Ferreira  
Rodnei Vieira Lasmar  
Rodrigo Lustosa Victor  
Romildo Cassemiro de Souza  
Rubens Fernando Mendes de Campos  
Sara Mendes  
Scheilla de Almeida Mortoza  
Sérgio Murilo Inocente Messias  
Simon Riemann Costa e Silva  
Sirlene Moreira Fidélis  
Telmo de Alencastro Veiga Filho  
Valdir José de Medeiros Filho  
Valéria Alves dos Reis Menezes  
Vandelino Cardoso Filho  
Vasco Rezende Silva  
Vitor Hugo Albino Pelles  
Viviany Souza Fernandes  
Waldemir Malaquias da Silva  
Weliton Soares Teles