



**Amazon's Research and Environmental Law**

**PUBLICAÇÃO PERIÓDICA DO INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR DE  
RONDÔNIA/FACULDADES ASSOCIADAS DE ARIQUEMES (IESUR/FAAR)  
PERIÓDICO INDEXADO NO DIRETÓRIO DO SISTEMA DIADORIM**

**Vol. 2, número 2,- Direito Público Contemporâneo  
Mai. 2014  
ISSN 2317-8442**

Arel Faar, Rondônia, v. 2, número 2, p. 1-127, mai. 2014.

**Instituto de Ensino Superior de Rondônia/  
Faculdades Associadas de Ariquemes  
(IESUR/FAAR)**

**DIRETORIA INSTITUCIONAL**

**Diretor Presidente**

Ivanilde José Rosique

*Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes  
Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil (BR)*

**Coordenadora Pedagógica**

Marli Oliveira Silvestre

*Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes  
Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil (BR)*

**Coordenadora Acadêmica**

Elenice Cristina da Rocha Feza

*Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes  
Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil (BR)*

**Biblioteca Acadêmica**

Valéria Botelho

*Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes  
Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil (BR)*

**CONSELHO CIENTÍFICO TÉCNICO**

**Editora Chefe**

Prof.<sup>a</sup> Dra. Cláudia Ribeiro Pereira Nunes

*Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes  
Departamento da Coordenação de Extensão e Pesquisa  
Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil (BR)*

**Editora Adjunta - Revisão Editorial**

Prof.<sup>a</sup> MSc. Rossana Marina De Seta Fisciletti

*Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes  
Departamento da Coordenação de Extensão e Pesquisa  
Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil (BR)*

**Revisão em Língua Portuguesa e da padronização das normas da ABNT**

Prof.<sup>a</sup> MSc. Jakline Brandhuber Moura

*Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes*

*Departamento da Coordenação de Extensão e Pesquisa*

*Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil (BR)*

**Revisão em Língua Estrangeira**

Prof. Gary Cohen

*Prestador de Serviços do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes*

*Departamento da Coordenação de Extensão e Pesquisa - Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil (BR)*

**Editoração Eletrônica e Capa**

JR. Designer

*Empresa prestadora de serviços do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/*

*Faculdades Associadas de Ariquemes*

*Departamento da Coordenação de Extensão e Pesquisa - Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil (BR)*

**CONSELHO EDITORIAL**

Profa. Dra. Cláudia Ribeiro Pereira Nunes - Presidente

*Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes*

*Departamento da Coordenação de Extensão e Pesquisa -*

*Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil (BR)*

Prof. Dr. David Augusto Fernandes - Vice-Presidente

*Universidade Federal Fluminense- Campus Macaé*

*Instituto de Ciências da Sociedade - Departamento de Direito*

*Macaé - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil (BR)*

Prof. Dr. Cássio Machado Cavalli

*Escola de Direito do Rio de Janeiro - Vice-Diretoria de Pós-Graduação e*

*Pesquisa - Departamento do Programa de Pós graduação*

*stricto sensu em Direito - Rio de Janeiro - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil (BR)*



Prof. David Ritchie - PhD  
*Walter F. George School of Law*  
*School of Law and Philosophy - Department of International Initiatives*  
*Macon - Georgia - United States (US)*

Prof. Dr. Demócrito Ramos Rinaldo Filho  
*Instituto de Política e Direito da Informática*  
*Centro de Pesquisas e Estudos de Casos - Departamento de Novas*  
*Tecnologias no Direito - Recife - Pernambuco (PE) - Brasil (BR)*

Profa. Dra. Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva  
*Universidade Estácio de Sá*  
*Vice-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa*  
*Departamento do Programa de Pós graduação strito sensu*  
*em Direito - Rio de Janeiro - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil (BR)*

Prof. Muruga Ramaswamy - PhD  
*University of Macau*  
*Faculty of Law - International Law Department: LLM International Law*  
*Taipa - Macau - China (CN)*

Prof. Dr. Rômulo Silveira da Rocha Sampaio  
*Escola de Direito do Rio de Janeiro*  
*Vice-Diretoria de Pós-Graduação e Pesquisa*  
*Departamento do Programa de Pós graduação strito sensu*  
*em Direito - Rio de Janeiro - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil (BR)*

Prof. Dr. Pablo Jimenez Serrano  
*Centro Universitário Salesiano de São Paulo*  
*Vice-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa Programa de Pós graduação Stricto Senso em*  
*Direito - São Paulo - São Paulo (SP) - Brasil (BR)*

Prof. Dr. Valfredo de Andrade Aguiar Filho  
*Universidade Federal da Paraíba - Campus I*  
*Centro de Ciências Sociais Aplicadas - Departamento de Ciências Jurídicas*  
*João Pessoa - Paraíba (PB) - Brasil (BR)*

**PUBLICAÇÃO PERIÓDICA DO INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR DE RONDÔNIA  
FACULDADES ASSOCIADAS DE ARIQUEMES (IESUR/FAAR)**

Os direitos de publicação desta Revista Científica são do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes (IESUR/FAAR).

A Revista Científica é um dos veículos de divulgação científica do  
Núcleo de Pesquisas Científicas em Direito.

Os textos publicados na Revista Científica são  
de inteira responsabilidade de seus autores.

**Endereço para correspondência, convênios e permutas:**

Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes

Endereço: Av. Capitão Silvio, n°. 2738, Grandes Áreas, Ariquemes / RO.

CEP: 78932-000. Telefone: (69) 3535-5008 - Fax: (69) 3535-5005

E-mails: [claudianunes@faar.edu.br](mailto:claudianunes@faar.edu.br), [crpn1968@gmail.com](mailto:crpn1968@gmail.com) e [rossanafisciletti@gmail.com](mailto:rossanafisciletti@gmail.com)

PUBLICAÇÃO PERIÓDICA DO INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR DE RONDÔNIA  
FACULDADES ASSOCIADAS DE ARIQUEMES (IESUR/FAAR)

*Esta publicação periódica é distribuída nos termos da licença Creative Commons Atribuição. Uso não comercial - vedada a criação de obras derivadas 3.0 Brazil (by-nc-nd). O leitor tem o direito de:*

**Compartilhar** — copiar e redistribuir o material em qualquer suporte ou formato  
*O licenciante não pode revogar estes direitos desde que você respeite os termos da licença.*

*De acordo com os termos seguintes:*

**Atribuição** — É obrigatório fazer a atribuição do trabalho, da maneira estabelecida pelo autor ou licenciante (mas sem sugerir que este o apoia, ou que subscreve o seu uso do trabalho).

**Não Comercial** — Você não pode usar o material para fins comerciais.

**Sem Derivações** — Se você remixar, transformar ou criar a partir do material, você não pode distribuir o material modificado.

**Sem restrições adicionais** — Você não pode aplicar termos jurídicos ou medidas de caráter tecnológico que restrinjam legalmente outros de fazerem algo que a licença permita.

*Qualquer utilização não prevista nesta licença deve ter prévia autorização por escrito da Editora.*

Revista AREL FAAR - *Amazon's Research and Environmental Law*, v. 2, n. 2, mai. 2014. Rondônia: IESUR, 2014. 127 p.

ISSN 2317-8442

Direito - Periódicos. Quadrimestral. Instituto de Ensino Superior de Rondônia/  
Faculdades Associadas de Ariquemes (IESUR/FAAR). Núcleo de Pesquisas  
Científicas em Direito (NUPES/DIR).

CDD 341  
CDU 342 (81)

## SUMÁRIO

|                |   |
|----------------|---|
| EDITORIAL..... | 3 |
|----------------|---|

### ARTIGOS

|                                                                                           |   |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|---|
| A empresa do século XXI: Valor compartilhado em tempos de um capitalismo consciente ..... | 6 |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|---|

*The enterprise in 21st century: Shared value in the age of conscious capitalism*

Vinicius Figueiredo Chaves

|                                                          |    |
|----------------------------------------------------------|----|
| Como entender e atender aos direitos das minorias? ..... | 24 |
|----------------------------------------------------------|----|

*How does understand the minorities rights?*

Maria Cristina Alves Delgado de Ávila

|                                                                                                             |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| O propósito negocial como element essencial para o planejamento tributário na Era da Sustentabilidade ..... | 41 |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

*The business purpose as an essential element for tax planning in the Sustainability*

Ricardo Lopes de Moraes

|                                                                                                                                         |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Arbitragem como forma de dar sustentabilidade às relações negociais internacionais por ser um dos meio para a solução de conflitos..... | 69 |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

*Arbitration as a way to provide sustainability international business relations as one of the means of conflict resolution*

Larissa de Freitas Monteiro

|                                                            |    |
|------------------------------------------------------------|----|
| Aspectos cronológicos da função social da propriedade..... | 91 |
|------------------------------------------------------------|----|

*Chronological aspects of the social function of property*

André Luis Costa

|                                                                                                         |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| INFORMAÇÕES SOBRE A REVISTA CIENTÍFICA AREL FAAR - <i>Amazon's Research and Environmental Law</i> ..... | 118 |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

## EDITORIAL

Prezados Leitores,

Apresenta-se o número 2 do volume 2 no ano de 2014 da Revista Científica AREL FAAR - Amazon's Research and Environmental Law - publicação online quadrimestral do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes - IESUR/FAAr – que tem por missão publicar estudos e pesquisas inéditas realizadas na área do Direito, preferencialmente no escopo das linhas editoriais, visando disseminar conhecimento científico jurídico.

Destina-se a contribuir para divulgação do conteúdo colaborador e atualizar o conhecimento jurídico do leitor. Apresenta na edição, cinco artigos nacionais, todos em português, seguindo as linhas editoriais “Sociedade, Empresa e Sustentabilidade” e “Direitos Fundamentais e suas Dimensões”, constituídas formalmente em dezembro do ano de 2012 e 2013, respectivamente, após serem aprovadas no Conselho Superior do IESUR/FAAr (CONSUP).

Todos os artigos científicos foram, depois de recebidos, submetidos aos avaliadores pelo método double blind, ou seja, todos os trabalhos foram analisados por 02 (dois) pareceristas “ad hoc”, bem como pelos membros do Conselho Editorial, em colegiado. O número 2 do volume 2 foi organizado na plataforma OJS, pelo Conselho Editorial Técnico do IESUR/FAAr e conta mais 5 artigos de qualidade, avaliados no ano de 2014.

A Revista possui o International Standart Serial Number (ISSN nº 2317-8442) está indexada regionalmente - na Biblioteca do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes - e nacionalmente - no Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas (SEER) e no portal Diadorim, ambos do Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT). Vale ressaltar que, após fazer o cadastramento para obter sua primeira indexação internacional, o obteve. Vide: Sistema de Información para las Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (LATINDEX) - <http://www.latindex.unam.mx/buscador/ficRev.html?folio=23163>.



Todo o conteúdo da Revista Científica está sob Licença Creative Commons, que reveste de segurança as informações, protege os direitos autorais e facilita o acesso e utilização pelos seus leitores.

Convidam-se os interessados a fazerem parte da relação de autores da Revista Científica AREL FAAR - Amazon's Research and Environmental Law. Para isso, basta conferir a CHAMADA PARA PUBLICAÇÃO no fim desta edição e conhecer as DIRETRIZES PARA AUTORES, acessando o ícone SOBRE do portal da Revista Científica Eletrônica, local onde deverá submeter seu artigo.

Boa leitura!

Profa. Dra. Cláudia Ribeiro Pereira Nunes

Editora Chefe

Revista AREL FAAR

e

Profa. Ms. Rossana Marina De Seta Fisciletti

Editora Adjunta

Revista AREL FAAR

# ARTIGOS

# A EMPRESA DO SÉCULO XXI: VALORCOMPARTILHADO EM TEMPOS DE UM CAPITALISMO CONSCIENTE

## *THE ENTERPRISE IN 21<sup>ST</sup> CENTURY: SHARED VALUE IN THE AGE OF CONSCIOUS CAPITALISM*

Vinicius Figueiredo Chaves<sup>1</sup>

Mestre e Doutorando em Direito

Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

**RESUMO:** O presente artigo tem o objetivo de realizar uma abordagem crítica sobre a empresa, fenômeno complexo e com projeções no Direito, com vistas ao seu redimensionamento à realidade do século XXI. O trabalho propõe a releitura do fenômeno empresa numa perspectiva ampliada, com abordagem das transformações do direito privado, da perspectiva constitucional brasileira, assim como das teorias dos stakeholders, do capitalismo do valor compartilhado e do capitalismo consciente, que têm em comum a compreensão sobre a necessidade de novos propósitos para a empresa, a partir do reconhecimento de uma maior convergência dos complexos feixes de interesses que a envolvem. Conclui-se que a empresa não deve ser vista como mera expressão de atividade econômica, mas sim como a expressão de uma verdadeira instituição, um agente que interage constantemente na realidade social e que reúne diversos feixes de interesses, privados e públicos, os quais devem ser harmonizados.

**Palavras-chave:** Empresa; valor compartilhado, capitalismo consciente.

**ABSTRACT:** This paper aims to develop a critical approach to the concept of enterprise, which is a complex phenomenon with impacts on the Law, considering its reshaping to the reality of the 21st century. The paper proposes a new interpretation of the enterprise phenomenon within an amplified perspective, with an approach to the transformations of private Law, from the perspective of the Brazilian Constitution, as well as the theories of stakeholders, of the capitalism of shared value and conscientious capitalism, which share the understanding of

---

<sup>1</sup>Doutorando em Direito pela UERJ, na linha de pesquisa empresa e atividades econômicas. Mestre em Direito Público e Evolução Social pela UNESA. Especialista em Direito Empresarial pela FGV. O artigo insere-se na Linha Editorial da Revista: Sociedade, Empresa e Sustentabilidade. Professor Substituto na UFF, por concurso público. E-mail: viniciuschaves@gmail.com.

the necessity of new purposes for the enterprise, from recognising a larger convergence of complex clusters of interest that involve it. We conclude that the enterprise shall not be seen as a simple expression of economic activity, but rather as the expression of a true institution, an agent that constantly interacts with the social reality and which unites diverse clusters of interest, both private and public, which must be harmonised.

**Keywords:** Enterprise; shared value; conscious capitalism.

## Introdução

No século XXI se discute a necessidade de novos propósitos para os agentes e instituições sociais, debate que tem a sustentabilidade e governança dos atores públicos e privados como pano de fundo. Tema central dessas discussões parece ser a empresa.

Fenômeno complexo, a empresa teve na sua conceituação um problema recorrentemente discutido por economistas e juristas ao longo dos séculos XIX e XX, com seus reflexos na dinâmica de criação, compreensão e aplicação do Direito. Historicamente, o dado de percepção comum, na doutrina e nos direitos positivos, tem sido a utilização apenas da sua noção econômica para fins de definição.

O Brasil não fugiu ao senso comum: o Código Civil de 2002, embora não a conceitue expressamente, permite a interpretação de sua vinculação como mera expressão de atividade econômica, relacionada com a noção de organização de fatores de produção, o que dificulta a sua orientação no sentido da convergência de um complexo feixe de interesses que a envolve.

O presente trabalho objetiva discutir a necessidade de redimensionamento da empresa à realidade do século XXI, investigação se justifica em função do destacado papel que esta exerce na sociedade e também pela projeção jamais verificada: pesquisas indicam que, das 100 maiores economias do planeta, mais de metade são “empresas”; suas decisões impactam a vida das pessoas e de países inteiros. Pretende-se a necessidade de redimensionamento dos propósitos da empresa diante de um complexo feixe de interesses, privados e públicos, que precisam ser harmonizados.

A análise crítica da empresa, com vistas ao seu redimensionamento alinhado

à realidade do século XXI, não pode prescindir de uma linguagem dialógica e interativa. Portanto, a metodologia do trabalho é pautada por um caráter transdisciplinar, perpassando categorias não exclusivas do discurso jurídico que impactam diretamente a realidade socioeconômica, em suas mais diversas dimensões.

## 1. A complexidade do fenômeno empresa

Conforme adverte Jorge Manuel de Abreu (1999, p. 10-13), “a empresa aparece ao direito (que dela tem de ocupar-se) como fenômeno da vida econômica e social, como produto da vida”. Seria possível, pois, tomar caminhos diferentes para o almejado deslindar da “empresarialidade”. Segundo o autor, “uma das vias oferecidas passa pela análise da linguagem corrente ou cotidiana, pela semântica do significante ‘empresa’ (ou outros equivalentes)”. Outra seria a análise econômica da empresa, isto é, examinar o fenômeno pré-jurídico da empresa “solicitando as lições da ciência econômica”. Uma terceira possibilidade seria captar a realidade social-empresarial por intermédio da sociologia.

Embora existam outras possibilidades de investigação das definições meta ou pré-jurídicas da empresa, o fato é que, conforme alerta o professor de Coimbra, há uma espécie de *modus faciendi* na transposição do pré-jurídico para o fenômeno jurídico-empresarial, no sentido da utilização do “método ontológico” de definir ou de formar conceitos. Tal *modus faciendi*, revela o autor, consiste numa metodologia inapropriada para uma inequívoca captação do fenômeno em seu plano jurídico, afinal (ABREU, 1999, p. 14-15),

Primeiro: não está provado que a empresa apresente inequívoca identidade no mundo do ser e permita, portanto, uma inequívoca captação. Pelo contrário - investigações de diferentes quadrantes (econômicos, sociológicos, etc.) têm-nos proporcionado imagens variadas dela; e as divergências reiteram-se no próprio seio de cada ramo do saber. Segundo: mesmo que por hipótese, se alcançasse a (uma única) definição pré-jurídica de empresa - ou, noutra perspectiva (não ontológica), o signo “empresa estivesse solidamente codificado ao nível metajurídico -, era mister provar que o direito recebia cabalmente, ou (mais precisamente) tinha de receber, essa definição (ou a significação do signo codificado).

Nos conceitos formulados ao longo dos séculos XIX e XX, conforme se verá adiante, a identificação da empresa com aspectos meramente econômicos consistiu a tônica das análises, tendo sido a mesma captada pela ótica de um direito privado ainda não conformado por uma série de transformações pelas quais passaria ao longo do século XX. Neste sentido, propõe-se aqui uma abordagem ampliada do fenômeno empresa, voltada para a realidade brasileira, em busca de um possível redimensionamento ao século XXI.

## 2. O *proprium* do fenômeno empresa sob a ótica do direito privado brasileiro

O *proprium* consiste na característica essencial do objeto de estudo. Antes, contudo, de enfrentar a concepção de empresa adotada no direito privado brasileiro, importa esclarecer que os ordenamentos jurídicos se posicionaram de maneiras bastante diferenciadas em relação à expressão, emprestando ao vocábulo distintas significações. Neste sentido, oportunas as observações de Alfredo Hernandez (1986, p. 207-209):

*El derecho francés usa los términos enterprise, fouds de commerce y achalandage. El Código de Comercio francés usa la palabra empresa cuando realiza la enumeración de los actos objetivos de comercio, al igual que los hacen otros códigos que siguieron al francés, entre ellos el venezolano [...] En el derecho alemán, el Código de Comercio usa la palabra empresa con criterio subjetivo e ignora la noción jurídica de fondo de comercio, al cual no reconoce sino un valor económico. Los alemanes usan la expression Firma (nombre comercial), noción que sólo aparece em las empresas importantes y em las sociedades [...] En Italia, el Código Civil se refiere al empresario (imprenditore) como la persona que ejerce profesionalmente una actividad económica organizada com fines de producción o de cambio de bienes y servicios. El Código no define la empresa [...] En Españã, la introducción del término empresa al lenguaje jurídico es relativamente reciente y se señala a Garrigues como el autor que ha tratado de divulgar la concepción italiana sobre la institución, anotándose que el Código de Comercio ignora prácticamente el concepto de empresa. La elaboración del concepto es obra de la jurisprudencia y de la doctrina [...]*

No Brasil, com a efetivação da proposta de incorporação de capítulos sobre Títulos de Crédito e Direito de Empresa, o Código Civil de 2002 consagra-se como o núcleo central do direito privado. No âmbito do Direito de Empresa, o legislador buscou inspiração no modelo já empreendido na Itália, a chamada teoria da empresa. As discussões no contexto italiano, portanto, são especialmente importantes para os debates no âmbito nacional, em função da adoção da construção legislativa originária daquele País. Segundo Aldo Fiale (1994, p. 15):

*L'impresa si presenta come un fenomeno econômico, prima ancora che giuridico, trattandosi di un'organizzazione essenzialmente fondata su leggi economiche e su principi tecnici: il concetto di imprenditore, pertanto, non costituisce un mero paradigma dalla scienza giuridica, ma risente della elaborazione della scienza dell'economia.*

O mesmo autor (FIALE, 1994, p. 15) destaca a existência, na Itália, de uma tese dominante, defendida pelos autores GRAZIANI, ASCARELLI e MESSINEO, que:

*hanno rilevato che il legislatore, definendo l'imprenditore, ha voluto definire implicitamente l'impresa". Partendo de tal presupposto, a empresa pode ser definida como "l'attività economica organizzata dall'imprenditore e da lui esercitata professionalmente al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi.*

Com base nestes raciocínios e na averiguação dos artigos 966 e 1142 do Código Civil de 2002, pode-se afirmar que a empresa foi consagrada no direito brasileiro em sua aceção funcional, ou seja, como expressão de uma atividade econômica. Muito embora não tenha sido apresentado um conceito formal, a análise sistemática dos dispositivos do Código não deixa dúvida acerca da adoção deste determinado perfil. Em outras palavras, a identificação da empresa com aspectos meramente econômicos, captada pela ótica de um direito privado ainda não conformado (o diploma legal brasileiro é fruto de projeto de Lei datado de 1975, mas que, no âmbito do Direito de Empresa, copiou o modelo italiano empreendido em 1942) pelas transformações pelas quais passaria ao longo do século XX.

Esta concepção, segundo relata Ana Bárbara Teixeira (2010), acorrenta o referido instituto à crise epistemológica do modelo de desenvolvimento utilizado

no século XX, então pautado em crescimento econômico apenas quantitativo e acumulativo. Segundo a autora, o modelo em questão decorreu da dissociação entre a humanidade (sociedade), suas organizações e o meio ambiente e acarretou reflexos no desalinhamento entre os interesses da sociedade e os de suas instituições, especialmente o Estado e as empresas (estas focadas somente em resultados econômicos de curto prazo).

A empresa e, por conseguinte, o Direito de Empresa, padecem de um vício de origem. Foram pensados para uma realidade onde o sujeito que a exerce prescindia de toda a consideração pelos interesses de outras partes, um paradigma restrito, em que cada indivíduo ou grupo de indivíduos age segundo seu próprio interesse, independente perante os valores e guiado de per se. Percebe-se, assim, que a característica essencial (*proprium*) do fenômeno empresa no plano exclusivo do direito privado brasileiro, ou seja, a sua consideração enquanto mera expressão de uma atividade econômica constitui uma perspectiva limitada. Contribui para o estabelecimento de um polo de tensão entre a autonomia privada, isto é, os interesses exclusivos daqueles que assumem o risco pelo exercício da referida atividade, com a ideia de uma vinculação social necessária à preservação de outros interesses, distanciando-se das noções mais atuais sobre sustentabilidade<sup>2</sup>.

Sem dúvida, a questão desafia um olhar mais amplo.

### **3. As transformações do direito privado e a nova abordagem pública e valorativa de seus institutos**

Durante muito tempo o direito privado somente privilegiou os interesses individuais das partes, faltando-lhe uma perspectiva pública de ancoragem em valores e considerações relacionadas ao bem comum (LORENZETTI, 1998). A ausência de tais perspectivas conduziu à proliferação de um conjunto perturbador de ações maximizadoras particulares, destituídas de valores e pautadas por critérios de autorrealização, o que contribuiu para o estabelecimento de fronteiras cada vez maiores entre o privado e o público.

Naquele cenário, o direito privado, então baluarte da sociedade burguesa, regulava as relações entre os particulares unicamente do ponto de vista da li-

---

<sup>2</sup>A sustentabilidade, atualmente, não mais se encontra atrelada exclusivamente ao aspecto ecológico, envolvendo também aspectos econômicos e sociais. Em tópico posterior, a questão será retomada.



berdade individual, à margem das constituições, numa espécie de primazia material diante do direito constitucional (HESSE, 1995). Esta liberdade se verificava especialmente no campo da economia, espaço em que pouco se vislumbrava a intromissão do Estado<sup>3</sup>: esperava-se que as ações individuais racionais levassem ao auto-equilíbrio, a partir da concepção de que a busca pelo próprio interesse, restrita pela competitividade, ensejaria o bem social, a produção máxima e o crescimento da economia, tornando desnecessária e indesejável tal interferência (BRUE, 2011).

A partir da Constituição de Weimar (1919) ocorrem relevantes alterações na dinâmica das relações entre o direito constitucional e o direito privado (HESSE, 1995), as quais se espalharam pelos ordenamentos jurídicos e implicaram um conjunto de modificações ao direito privado. A partir da sua progressiva referencialidade pública, destaca Ricardo Lorenzetti (1998), ocorre uma ampliação de perspectivas que contribui para a reconstrução de muitos de seus institutos tradicionais, os quais sofrem transformações decorrentes de uma abordagem à luz das constituições, passando a representar verdadeiros instrumentos para a consecução de objetivos fundamentais dos estados. Verifica-se uma maior confluência de interesses privados e públicos a nortear uma releitura da dicotomia público-privado e de institutos jurídicos como a propriedade e a empresa, aos quais se passa a atribuir função social.

#### **4. Ordem econômica constitucional: a empresa como instrumento para a consecução de objetivos fundamentais do estado brasileiro**

No plano da Constituição de 1988, a livre iniciativa foi consagrada como um dos princípios fundamentais, políticos e estruturantes do Estado brasileiro, constituindo fundamento da República Federativa do Brasil. De acordo com esta sistemática, não há dúvida de que os particulares ostentam a posição de principais atores da ordem econômica brasileira (BARROSO, 2008), isto é, a iniciativa privada tem a primazia no plano da atividade econômica.

<sup>3</sup>No que se refere à participação do Estado na economia é possível constatar na doutrina alusões destacadas a pelo menos três paradigmas gerais distintos: Liberal, Social e Pós-Social. Cada visão implicou em uma determinada concepção de intersecções entre economia, direito, sociedade e o próprio Estado, com o poder público assumindo diferentes posições e estratégias em face do cenário econômico em cada contexto histórico. O modelo Liberal restou caracterizado pelo respeito às liberdades e intervenção estatal mínima na economia, a qual era guiada pelos próprios ajustes dos livres mecanismos de mercado.

Por outro lado, a livre iniciativa não se limita aos conceitos de liberdade econômica ou liberdade de empresa, pois a Constituição consagra um sistema híbrido, que simultaneamente congrega aspectos liberais e sociais, onde a existência digna e a justiça social compreendem as finalidades maiores da ordem econômica. Conforme professa Luís Roberto Barroso (2009, p. 114), são “regras destinadas a conformar a ordem econômica e social a determinados postulados de justiça social [...]”, ou seja, consistem em “disposições indicadoras de fins sociais a serem alcançados” pela sociedade como um todo. Portanto, este valor da justiça social deve se sobrepôr aos demais.

A atual concepção constitucional transforma a atividade econômica exercida pelo particular em instrumento para a consecução de objetivos fundamentais do Estado brasileiro. Confere à iniciativa privada um relevante papel, não apenas de busca de interesses econômicos próprios, mas também e principalmente capaz de atender exigências sociais cada vez mais presentes no cotidiano da sociedade brasileira.

A livre iniciativa, portanto, deve se manter compromissada com os valores éticos, voltados à preservação da existência humana em condições dignas (RAMOS, 2012, p. 360). Trata-se, assim, de um conjunto de atribuições transformadoras que transcendem aspectos meramente econômicos, comprometidas com o desenvolvimento do país, melhor qualidade de vida e o bem-estar das pessoas, das quais advém a permanente necessidade de mudanças nos referenciais do empreendedorismo, no sentido do fiel desempenho de uma função social.

## **5. A função social da empresa como princípio constitucional e a modificação das ideias sobre o papel a ser desempenhado pelas empresas na sociedade contemporânea**

Numa visão moderna a Constituição, norma fundamental que confere unidade e coerência ao sistema jurídico (BOBBIO, 1999, p. 58-59), congrega não apenas direitos de defesa do indivíduo em face do Estado, expressando também uma ordem de valores que se irradia para as demais áreas do Direito (ERICHSEN, 2014).

No caso brasileiro, a Carta de 1988 consagrou a dignidade da pessoa humana como princípio e como o primeiro dos direitos fundamentais. Sua posição topográfica no texto constitucional revela não apenas seu status superior, enquanto alicerce dos objetivos fundamentais do Estado, assim como uma função de vetor

axiológico (MORAES, 2006, p. 14), que privilegia as situações jurídicas existenciais diante das patrimoniais.

A Constituição alçou também a função social da empresa ao status de princípio constitucional, diante do reconhecimento do aumento da importância da atividade econômica exercida pelo particular num regime capitalista, de economia de mercado, onde a ordem econômica é fundada na livre iniciativa. Desse modo, a empresa passa a ser vista como relevante instrumento para a consecução dos objetivos fundamentais da República, concepção que transforma os particulares em atores sociais do processo de desenvolvimento brasileiro e lhes confere relevantes papéis, que ultrapassam a mera busca de interesses econômicos próprios.

Assim, a livre iniciativa deve ser conciliada com os demais princípios norteadores da ordem econômica e com os demais valores consagrados na Constituição (AMARAL, 2008, p. 115). Neste sentido, embora a empresa privada capitalista esteja atrelada à noção de finalidade lucrativa, “a ênfase está na atualidade em melhorar não apenas o aspecto econômico, mas também o social, bem como a comunidade na qual está inserida” (ARNOLDI; MICHELAN, 2000, p. 159).

Conforme advertem Amartya Sen e Bernardo Kliksberg (2010, p. 362-364), as ideias acerca do papel a ser desempenhado pelas empresas privadas na sociedade contemporânea se modificaram aceleradamente nos últimos anos, passando de uma visão que defendia a geração de lucro para seus proprietários - somente a quem deveriam prestar contas - como a sua única responsabilidade, a uma perspectiva que vai muito além, promovendo uma ruptura paradigmática em relação às concepções anteriores, no sentido de considerá-las com alta responsabilidade social, com a exigência de características tais como: I) políticas de pessoal que respeitem os direitos dos que fazem parte da empresa e favoreçam o seu desenvolvimento, vale dizer, promover condições dignas de trabalho aos seus colaboradores, remuneração justa, possibilidades de progresso na carreira e programas de capacitação; II) transparência e boa governança corporativa, isto é, prestar informações públicas e de forma contínua, garantindo aos acionistas, especialmente os minoritários, possibilidade de participação ativa, com instâncias diretivas idôneas, que lutem para abolir os conflitos de interesses societários; III) jogo limpo com o consumidor, ou seja, oferta de produtos de boa qualidade, saudáveis e com preços razoáveis; IV) políticas de proteção ao meio ambiente, tornando-se as empresas limpas do ponto de vista ambiental, além de contribuírem com a agenda que o mundo tem diante de si neste campo, seja a nível local, regional,

nacional ou mesmo internacional; V) integração aos temas que produzem o bem-estar comum, no sentido da colaboração ativa com as políticas públicas, em aliança com os Poderes Públicos e a sociedade civil, voltada ao enfrentamento conjunto de questões essenciais para o interesse coletivo; VI) não praticar um código de ética duplo, isto é, atuar, na prática, de forma coerente com o discurso de responsabilidade social empresarial.

Como exemplos práticos de novas posturas, podem ser destacadas iniciativas como as Bolsas de Valores Sociais e Socioambientais. A primeira delas foi criada no Brasil, em 2003, a Bolsa de Valores Socioambientais (BVSA)<sup>4</sup>, tendo sido reconhecida pela ONU como modelo de caso a ser seguido por outras bolsas no mundo. A BVSA é uma criação da BM&FBOVESPA, companhia aberta com valores mobiliários negociados no mercado de capitais, e suas corretoras, para que as pessoas ou empresas, chamados investidores socioambientais, pudessem contribuir com recursos para a realização de projetos sociais e ambientais. A BVSA tem apoio oficial da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO). Alguns exemplos de projetos e ações: I) Escolas em ação (realização de curso de instrumentalização em educação ambiental, para que profissionais da educação de Paranaguá possam atuar como mobilizadores de ações em prol do meio ambiente); II) OCA - Escola Cultural (o projeto pretende subsidiar atividades da Escola Cultural da OCA, que oferece educação complementar focada na formação da identidade cultural de crianças e jovens de Carapicuíba; III) Condomínio da Biodiversidade - Programa de Apoio à Conservação (o projeto pretende desenvolver ações de apoio e orientação a proprietários de áreas com vegetação nativa relevantes para a conservação da biodiversidade urbana em Curitiba); IV) Tô Ligado (contribui para o desenvolvimento integral e a superação das dificuldades escolares e para preparar crianças e jovens do bairro de Santa Teresa, no Rio de

<sup>4</sup>A BVSA influenciou outras bolsas no mundo, como a Bolsa de Valores Sociais de Portugal, que “replica o ambiente de uma Bolsa de Valores e o seu papel é facilitar o encontro entre Organizações da Sociedade Civil, criteriosamente selecionadas, com trabalhos relevantes e resultados comprovados na área da educação e do empreendedorismo, e investidores sociais (doadores) dispostos a apoiar essas organizações através da compra de suas ações sociais. Seguindo o exemplo do que ocorre no mercado de capitais, a Bolsa de Valores Sociais é o espaço que promove esse ponto de encontro e que zela pela transparência da relação entre a Organização e o investidor social. Ao fazê-lo, garante que o investimento social seja o mais eficaz possível, com resultados que podem ser acompanhados a qualquer momento pelos investidores sociais. Ao promover os conceitos de investimento social e investidor social, a Bolsa de Valores Sociais propõe que o apoio às Organizações da Sociedade Civil seja visto não sob a ótica da filantropia e da caridade, mas sim do investimento que deve gerar um novo tipo de lucro: o lucro social.” Disponível em: <<http://www.org.pt/view/viewQuemSomos.php>>. Acesso em: 05 jul. 2013. Outro exemplo é a South African Social Investment Exchange - SASIX, a Bolsa de Investimentos Sociais da África do Sul, que conta com apoio institucional da Bolsa de Valores de Johannesburg. Disponível em: <<http://www.sasix.co.za>>. Acesso em: 05 jul. 2013.

Janeiro, para o trabalho). V) Projeto Caatinga Verde (o projeto irá complementar ações do poder público junto ao Quilombo do Mocambo para o desenvolvimento da ovinocultura local de forma associada à preservação da Caatinga); VI) Oasis Training (o projeto pretende capacitar jovens da Baixada Santista no Estado de São Paulo, na Filosofia Elos e Jogo Oásis, metodologias bem-sucedidas de mobilização comunitária).

As funções da empresa que transcendem aspectos meramente econômicos têm sido constantemente incentivadas pela sociedade, inclusive, com a criação de determinados padrões de certificação relacionados a questões vinculadas à visão institucionalista publicista. Entre algumas das certificações existentes, podem ser citadas: I) Selo empresa amiga da criança (selo criado pela Fundação Abrinq para empresas que não utilizem mão de obra infantil e contribuam para a melhoria das condições de vida de crianças e adolescentes); II) ISO 14000. O ISO 14000 é apenas mais uma das certificações criadas pela International Organization for Standardization, que dá destaque às ações ambientais da empresa merecedora da certificação; III) AA1000. (o AA1000 foi criado em 1996 pelo *Institute of Social and Ethical Accountability*. Esta certificação de cunho social enfoca principalmente a relação da empresa com seus diversos parceiros, ou “*stakeholders*”. Uma das suas principais características é o caráter evolutivo já que é uma avaliação anual); IV) SA8000. (a “*Social Accountability 8000*” é uma das normas internacionais mais conhecidas. Criada em 1997 pelo *Council on Economic Priorities Accreditation Agency*, o SA8000 enfoca, primordialmente, relações trabalhistas e visa assegurar que não existam ações antissociais ao longo da cadeia produtiva, como trabalho infantil, trabalho escravo ou discriminação)<sup>5</sup>.

## 6. A empresa-instituição: dos interesses exclusivos privatistas aos institucionalistas publicistas

Dentro desse cenário de evolução axiológica, oportuno ressaltar a classificação proposta por David Schewerin (2005). Segundo o autor, a empresa passa a ser reconhecida como uma organização viva, cujas obrigações se tornam multidimensionais no sentido de harmonizar a busca de seus interesses particulares também

<sup>5</sup>Disponível em: <[http://www.responsabilidadesocial.com/institucional/institucional/\\_view.php?id=3](http://www.responsabilidadesocial.com/institucional/institucional/_view.php?id=3)>. Acesso em: 10 jul. 2013.

com compromissos éticos e sociais, em busca de um crescimento equilibrado e sustentável em longo prazo. Igualmente relevante destacar a concepção crítica apresentada por Nelson Nones (2002, p. 129), segundo a qual “a atual realidade econômica e social e as ações sociais das empresas parecem sinalizar que o conceito de empresa é mais do que uma atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços”.

Os raciocínios acima indicam a necessidade de ampliar responsabilidades sociais e redefinir o papel e missão das empresas na sociedade (ARNOLDI; MICHELAN, 2000, p. 159), entendimentos que suscitam reflexão sobre o perfil de empresa consagrado no Código Civil de 2002. A acepção funcional (atividade econômica organizada) adotada, vinculada a uma ótica exclusiva do direito privado, representa um paradigma restrito e parece ir de encontro à perspectiva constitucional brasileira, onde a “empresa” deve ser entendida como um agente de transformação, com relevantes papéis a serem desempenhados na sociedade e ação pautada em valores em busca da harmonização da efetivação de interesses particulares e públicos, ou seja, como expressão de uma verdadeira instituição.

## **7. O conceito de stakeholders e o surgimento de uma nova visão para a atuação das empresas: o Capitalismo do valor compartilhado**

Por muito tempo o foco excessivo na maximização do retorno de curto prazo aos shareholders (sócios / acionistas) acabou por gerar um contexto de crise no relacionamento das empresas com a sociedade da qual fazem parte, onde restavam claras distorções como informação imperfeita, racionalidade limitada, conflitos de interesses internos e com a própria sociedade, que comprometeram a geração e preservação de valor.

Neste sentido, o advento do conceito de *stakeholders*<sup>6</sup> foi fundamental para o surgimento de uma nova visão para a atuação das empresas, que contesta a premissa de que a maximização de lucros para sócios e acionistas seria a sua única finalidade. Em outras palavras, a consolidação cada vez maior da ideia de que as empresas não desenvolvem suas atividades num vácuo social, mas sim diante de

---

<sup>6</sup>Em tradução não literal, o termo tem sido usado para definir um conjunto de “partes interessadas” direta ou indiretamente afetadas pelas atividades econômicas exercidas, tais como: empregados, consumidores, comunidade, meio ambiente, entre outros.



questões fundamentais como expectativas, valores, matrizes sociais e processos comunicacionais mais amplos com a sociedade.

A doutrina do capitalismo do valor compartilhado foi cunhada a partir de noções inicialmente idealizadas por Edward Freeman. No livro “*Strategic Management: A Stakeholder Approach*”<sup>7</sup>, o norte-americano ataca a ideia tradicional de que a firma<sup>8</sup> somente deve considerar os interesses dos seus titulares. A partir do conceito de *stakeholders*, o autor traça uma nova visão para a atuação da empresa, pautada no entendimento de criação de valor para um conjunto de “partes interessadas”. Contesta-se a premissa de que a maximização de lucros para sócios e acionistas seria a sua única finalidade. Conforme ensina Freeman (2010, p. 24-25-26),

*In the traditional view of the firm, the shareholder view, the shareholders or stockholders are the owners of the company, and the firm has a binding financial obligation to put their needs first, to increase value for them. However, stakeholder theory argues that there are other parties involved, including governmental bodies, political groups, trade associations, trade unions, communities, financiers, suppliers, employees, and customers. Sometimes even competitors are counted as stakeholders - their status being derived from their capacity to affect the firm and its other stakeholders.*

Em seguida, Freeman menciona que, no século XXI, a empresa deve criar o maior valor possível para todas as partes interessadas, não somente para sócios ou acionistas, já que esta reúne um prisma de variados interesses, tanto no âmbito interno quanto externo, que devem ser, todos, respeitados:

*Every business creates, and sometimes destroys, value for customers, suppliers, employees, communities and financiers. The idea that business is about maximizing profits for shareholders is outdated and doesn't work very well, as the recent global financial crisis has taught us. The 21st Century is one of “Managing for Stakeholders.” The task of executives is to create as much value*

<sup>7</sup>A obra foi publicada em 2010 pela Universidade de Cambridge.

<sup>8</sup>Na doutrina estrangeira, muitas vezes a expressão firma é utilizada como sinônima de empresa. No Brasil, a expressão firma é vinculada pelo Código Civil como modalidade de nome empresarial.

*as possible for stakeholders without resorting to tradeoffs. Great companies endure because they manage to get stakeholder interests aligned in the same direction (FREEMAN, 2010, p. 25-26).*

A visão de Freeman, de alinhamento de interesses de todos os stakeholders, no que tange à noção de criação de valor compartilhado, foi também seguida e consolidada por Michael Porter e Mark Kramer (2011) e Linn Stout (2012). Na obra *“The big idea: Creating Shared Value - how to reinvent capitalism and unleash a wave of innovation and growth”*, Porter e Kramer questionam o modelo atual de capitalismo e propõem o seu redimensionamento, assim como o da empresa, cuja ação não pode ser voltada somente para o desempenho econômico-financeiro, especialmente o de curto prazo. Por seu turno, em *“The Shareholder Value Myth”* (2012), Stout considera um mito a doutrina de criação de valor somente para os shareholders (sócios/acionistas), que vê a empresa como um instrumento cujo único propósito é a perseguição de resultados econômicos, movida por interesses exclusivos de agentes racionais que maximizam utilidades. De acordo com este raciocínio, corrobora-se a percepção de que a empresa deve contemplar também as aspirações de todas as partes interessadas, isto é, uma redefinição de seus propósitos.

## 8. Capitalismo consciente: o capitalismo de volta aos trilhos

A doutrina do *capitalismo consciente* foi idealizada pelo norte-americano John Mackey e pelo indiano Raj Sisodia. No livro *Conscious Capitalism*<sup>9</sup>, publicado em 2013, os autores advogam a necessidade de redimensionamento do capitalismo, em busca de uma forma mais consciente que lhe permita reencontrar as suas raízes.

Tais concepções são baseadas na rediscussão das molduras da livre iniciativa e do propósito das empresas, afinal, estas “desempenham um papel central em nossas vidas e constituem a organização social que mais afeta as pessoas” (MACKEY; SISODIA, p. 283). Neste sentido, questiona-se o pensamento do economista Milton Friedman e da chamada Escola de Chicago, ou seja, o mito da maximização do lucro.

<sup>9</sup>A obra foi publicada originalmente pela Harvard Business Press Books e também no Brasil no mesmo ano.



Segundo os autores, alguns acadêmicos e economistas construíram e adotaram uma visão de que seres humanos são maximizadores dos próprios interesses econômicos, em detrimento de todo o resto. Por extensão desta lógica, “as empresas também foram classificadas como meras maximizadoras de lucro”, e a lucratividade apontada como seu único objetivo (MACKEY; SISODIA, p. 19).

Esse mito de que a maximização dos lucros consiste na única finalidade da empresa manchou a reputação do capitalismo e colocou em questão também a própria empresa. Para Mackey e Sisodia (2013, p. 22-35), “o capitalismo de livre iniciativa tem de estar enraizado em um sistema ético baseado na criação de valor para todos os stakeholders”, o que indica a necessidade de uma reflexão “mais profunda sobre a razão da existência das empresas e sobre como elas podem criar mais valor”.

A filosofia do capitalismo consciente é fundada em princípios como o “propósito maior” e a “integração de *stakeholders*”. O primeiro propõe a existência de um impacto positivo mais elevado quando as empresas se encontram baseadas em um propósito maior, concepção em que o propósito, razão de existência da empresa, traduz-se em algo mais do que gerar lucro e criar valor somente para o eventual titular do exercício da atividade. Por seu turno, a integração diz respeito à necessidade de reconhecimento da importância e interesses de outras partes afetadas por tais atividades e a empresa deve otimizar a criação de valor para essa rede abrangente, harmonizando esses interesses (MACKEY; SISODIA, p. 36-37).

Ao adotar os princípios em questão, os autores sugerem que as empresas entram em sintonia com os interesses da sociedade como um todo. Devem, portanto, orientar as suas ações para seus propósitos maiores.

## Considerações finais

A presente investigação propôs a análise crítica dos papéis e do alcance da empresa nas práticas sociais e nas relações humanas, para o seu redimensionamento ao século XXI.

Ao longo da pesquisa foi possível perceber que a concepção de empresa como mera expressão de uma atividade econômica parece acorrentá-la à ideia de perseguição de resultados econômicos, movida por interesses exclusivos de agentes racionais que maximizam utilidades, que se reflete em ações particulares desti-

tuídas de valores e pautadas por critérios de autorrealização. Esta leitura se encontra atrelada a uma espécie de primazia material do Direito Privado diante do Direito Constitucional, com resquícios de fronteiras entre o privado e o público.

Por outro lado, a progressiva referencialidade pública do Direito Privado implica na ampliação desta perspectiva e conduz à consciência de um horizonte estendido, onde a empresa é vista como instrumento de viabilização da promoção de aspirações privadas e públicas, que apresenta uma função econômica, mas também uma função social.

Foram encontrados, nas doutrinas do capitalismo do valor compartilhado e do capitalismo consciente, novos elementos para o redimensionamento da empresa à realidade e necessidades do século XXI, especialmente a partir da lógica constitucional brasileira. Tais teorias se revelaram como marcos teóricos importantes para a compreensão e solução do problema de pesquisa apontado na introdução. Portanto, entende-se como superada a concepção exclusivo-privatista, de caráter meramente individualista, em privilégio de uma abordagem institucionalista, de cunho publicista, ancorada em valores, onde a empresa-instituição é entendida como agente que deve gerar e preservar valor para todas as partes direta ou indiretamente afetadas por suas atividades econômicas. .

Esse debate impõe reflexões sobre as circunstâncias em que as empresas atendem ao interesse público, diante de um paradigma ampliado de Direito Privado, que não se baseia somente na tolerância e na neutralidade; e também de um capitalismo redimensionado, pautado nas perspectivas de valor compartilhado e maior consciência acerca de propósitos superiores. Enfim, a releitura do fenômeno empresa numa perspectiva ampliada. Criar, preservar e compartilhar valor: esta é a chave de tudo!

## Referências

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Da empresarialidade (as empresas no direito)**. Coimbra: Almedina, 1999.

AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente do. **A Função Social da Empresa no Direito Constitucional Econômico Brasileiro**. São Paulo: SRS, 2008.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Taís Cristina de Camargo. Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada. **Revista de Di-**

reito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, ano XXXIX (Nova Série), jan./mar., p. 157-162, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. **Redae - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador, nº14, mai./jun./jul. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-14-maio-2008-luis%20roberto%20barroso.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10ª ed., Brasília: UnB, 1999.

BRUE, Stanley L. **História do Pensamento Econômico**. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

ERICHSEN, Hans-Uwe. A eficácia dos direitos fundamentais na Lei Fundamental Alemã no Direito Privado. In: GRUNDMANN, Stefan et al (Orgs.). **Direito privado, constituição e fronteiras: encontros da Associação Luso-Alemã de juristas no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FIALE, Aldo. **Diritto Commerciale**. 9. ed. Napoli: Simone Edizioni, 1994.

FREEMAN, Edward R. **Strategic Management: A Stakeholder Approach**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

HERNANDEZ, Alfredo Morles. **Curso de Derecho Mercantil**. Elementos del sistema mercantil venezolano. Caracas: Universidad Catolica Andres Bello, 1986.

HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Madri: Civitas, 2001.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MACKEY, John; SISODIA, Raj. **Capitalismo consciente**. São Paulo: HSM, 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Dignidade Humana. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NONES, Nelson. **A função social da empresa**: sentido e alcance. *Novos Estudos Jurídicos*, ano VII, n. 14, abr. 2002.

PORTER, Michael E.; KRAMER, Mark R. **The big idea**: Creating Shared Value - how to reinvent capitalism and unleash a wave of innovation and growth. *Harvard Business Review*. Jan./fev. 2011.

SCHWERIN, David A. **Capitalismo Consciente**: como criar o sucesso do futuro inspirando-se na sabedoria do passado. 10ª ed. São Paulo: Cultrix, 2005.

SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

STOUT, Linn. **The Shareholder Value Myth**. San Francisco: Berrett-Koehler, 2012.

TEIXEIRA, Ana Bárbara Costa. **A empresa-instituição**. São Paulo, 2010, 272f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado de São Paulo.

Artigo recebido em: 24.02.2014

Revisado em: 09.03.2014

Aprovado em: 12.03.2014

# COMO ENTENDER E ATENDER AOS DIREITOS DAS MINORIAS?

## *HOW DOES UNDERSTAND THE MINORITIES RIGHTS?*

Maria Cristina Alves Delgado de Ávila<sup>10</sup>

Mestre em Direito

Sociedade Barramansense de Ensino Superior/Centro Universitário de Barra Mansa (SOBEU/UBM) - Volta Redonda (RJ) - Brasil

**RESUMO:** No âmbito do Estado Democrático de Direito, um Governo representa a maioria. Conforme os ditames da Constituição Federal de 1988 - CRFB/88 -, a maioria pode organizar-se e decidir sobre os assuntos públicos de um determinado Estado. Dentro da idéia de maioria, tem-se o grupo que, em certo momento, encontra-se no poder com o direito de liderar os demais indivíduos ocupantes de um território. A minoria é o oposto. Para garantir a harmonia social, a maioria não tem o direito de oprimir a minoria e não deve retirar os direitos e as liberdades fundamentais de um grupo minoritário ou mesmo de um indivíduo. Ao contrário, a maioria deve garantir o pluralismo cultural de um povo dentro de um território. Partindo da hermenêutica dos direitos das minorias, pretende-se responder a pergunta como entender e atender a estes direitos.

**Palavras-chaves:** Democracia. Hermenêutica. Justiça. Minorias. Política.

**Abstract:** Under the democratic rule of law, a government represents the majority. According to the dictates of the Federal Constitution of 1988 - CRFB / 88 -, most can organize and decide about the public affairs of a State. Within the idea of majority, there is the group that at one time, is in power with the right to lead other individuals occupying a territory. The minority is the opposite. To ensure social peace, the majority has no right to oppress the minority and should not withdraw rights and fundamental freedoms of a minority group or even an individual. Instead, the majority should ensure cultural pluralism of a people. From the hermeneutics of minority rights, this research intend to answer the question how does understand the minority rights.

<sup>10</sup>Graduada e Mestre em Direito. Pesquisadora do NUPED - Núcleo de Pesquisa em Direito do SOBEU/UBM na Linha de Pesquisa: Direito, Desenvolvimento e Cidadania da Coordenação de Graduação. Professora da Graduação e Pós graduação da Sociedade Barramansense de Ensino Superior/Centro Universitário de Barra Mansa. O artigo insere-se na Linha Editorial da Revista: Direitos Fundamentais e suas dimensões. Pesquisa financiada pela Sociedade Barramansense de Ensino Superior. Advogada. E-mail: cristina.delgado@uol.com.br.

**Key words:** Democracy. Hermeneutics. Justice. Minorities. Policy.

## Introdução

Ainda discute-se muito sobre o significado do direito das minorias, como categoria jurídica. De forma geral, as minorias são grupos de indivíduos que devido à sua origem étnica, convicção religiosa, localização geográfica, nível de renda ou simplesmente por ter perdido as eleições ou o debate político diferenciam-se dos demais.

A Constituição da República Federativa do Brasil garante a pluralidade em seu preâmbulo. No fim desse texto, destaca-se a busca da harmonia social dentro da hipercomplexidade da sociedade brasileira. Isso se dá porque surgem, a cada dia, “novos” grupos que reivindicam proteções jurídicas na qualidade de direitos das minorias, na acepção jurídica do termo. O estudo teórico-doutrinário do tema para compreensão do fenômeno que se apresenta é essencial, pois a hermenêutica dos direitos das minorias corrobora para a superação das complexas questões existentes.

O artigo discute que, no âmbito do Estado Democrático de Direito, um Governo representa a maioria. Conforme os ditames da Constituição Federal de 1988 CRFB/88 -, a ideia de minoria pode ser entendida como um grupo homogêneo de seres humanos que possuem identidade comum, pois possuem características peculiares que os diferenciam dos demais. Para garantir a harmonia social, a maioria não tem o direito de oprimir a minoria e não deve retirar os direitos e as liberdades fundamentais das minorias. Ao contrário, a maioria deve garantir o pluralismo cultural de um povo dentro de um território.

O objetivo geral da pesquisa é o de auxiliar na construção da hermenêutica dos direitos das minorias. Esse estudo pretende entender quais são as condições que ensejam a uma minoria reivindicar seus direitos e se o Poder Judiciário cumpre o papel de compor os interesses entre a maioria e a minoria trazendo harmonia social, conforme previsto no preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil. Os objetivos específicos são: (I) estabelecer sucinto histórico dos direitos das minorias; e (II) explicar como o Poder Judiciário tem conseguido atender as minorias se a lei é a expressão da vontade da maioria. Tudo para corroborar com a hermenêutica do direito das minorias, que é o objeto de estudo do

grupo de pesquisa que se insere este trabalho.

A abordagem metodológica da pesquisa, empregada para que sejam alcançados seus objetivos, são: (I) a revisão bibliográfica com o estudo da literatura relativa à questão; e (II) a obtenção de dados secundários, particularmente as informações dos sites oficiais que apresentam as legislações sobre a matéria objeto de análise, os sites dos organismos internacionais para compor o resumo do histórico do tema e os portais dos Tribunais Superiores brasileiros visando comprovar a hipótese por meio da pesquisa de julgados exemplos referentes ao tema em análise. O escopo temporal foi de 2009 a 2014 e a escolha dos dois julgados exemplos deu-se pela repercussão nacional dos mesmos.

## 1. O surgimento histórico-político dos direitos de minorias

No início do século XX, ao terminar a Primeira Guerra Mundial - 1ª GGM -, o mapa político na Europa foi totalmente redesenhado impositivamente. Os vencedores da 1ª GGM decidiram redesenhar o mundo conforme as suas conveniências econômicas-políticas e não levaram em consideração as necessidades das minorias étnicas, religiosas, as linguísticas e as raciais.

As minorias étnicas sufocadas pelo redesenho político dos países são veementemente oprimidas e tornaram-se um dos maiores fatores de instabilidade política na Europa. Laura Silber e Allan Little (1992, p. 27) exemplificam a questão com a história da antiga Iugoslávia: Reino dos Sérvios, Croatas e Eslovenos (1918); Reino da Iugoslávia (1929); e República Socialista Federal da Iugoslávia (1945).

Com a finalidade de proteger tais grupos oprimidos, o Direito Internacional, inicialmente, proporcionou proteção a algumas minorias (Pacto dos Direitos Civis e Políticos). Em seguida, promulgou-se:

- Convenção para Eliminação da Discriminação Racial;
- Convenção para Prevenção e Punição do Genocídio;
- Declaração Universal dos Direitos Humanos; e
- Declaração Universal dos Direitos das Minorias. (Disponível em: <[http://www.onu-brasil.org.br/doc\\_cs.php](http://www.onu-brasil.org.br/doc_cs.php)> e <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/discrimina/dec92.htm>>. Acessos 15 de fev. 2014).

Esta última anunciando ao mundo a instauração de uma nova ordem social. Compreendeu-se, então, que foram razões políticas que preponderaram para ga-



rantir o reconhecimento dos direitos das minorias pelo Direito Internacional. Foi a evolução da consciência das minorias, do direito e da sociedade.

Já no Brasil, apenas em 1988, o preâmbulo da Constituição Federal propôs um Estado Democrático de Direito constituído por uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e ampliado no texto para “quaisquer outras formas de discriminação”, estes identificados nos objetivos fundamentais (art.3º da CRFB/88).

Servem, portanto os objetivos elencados no art. 3º da CRFB/88 como vetores de interpretação, ou seja, devem ser praticados quando da elaboração de leis ou mesmo na aplicação das mesmas, por ser a condição maior para o alcance de uma sociedade justa e igualitária. É importante enfatizar que a igualdade efetiva e real e não meramente formal, razão pela qual há necessidade de se adotar normas adequadas a promover a correção de qualquer desequilíbrio no tocante à proteção dos desiguais.

Tal é bem colocado por Alexandre de Moraes (2011, p 69), quando afirma de forma ponderada que:

Logicamente o rol de objetivos do art. 3º não é taxativo, tratando-se tão-somente da previsão de algumas finalidades a serem perseguidas pela República Federativa do Brasil. Os poderes públicos devem buscar meios e instrumentos para promover condições de igualdade real e efetiva e não somente contentar-se com a igualdade formal, em respeito a um dos objetivos fundamentais da República: construção de uma sociedade justa.

Para adoção desse preceito deve existir uma política legislativa e administrativa que não pode contentar-se com a pura igualdade legal, adotando normas especiais tendentes a corrigir os efeitos díspares ocasionados pelos tratamentos igual dos desiguais.

Tal também é ressaltado por Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 135) quando coloca que “... o princípio isonômico (no sentido de tratar os desiguais de forma desigual) é, por sua vez, corolário direto da dignidade..”, ou seja, um está intrinsecamente articulado com o outro, havendo necessidade de suas observâncias para que realmente seja alcançado o mínimo existencial a cada um dos grupos sociais.

Quando se refere a mínimo existencial se tem em vista que não é só o Estado de pobreza absoluta, mas aquelas condições mínimas para que o ser humano pos-



sa sobreviver em sociedade de forma digna, havendo necessidade da correlação entre igualdade x dignidade humana. Vale aqui a citação de Ricardo Lobo Torres (2009, p. 13) ao falar do fundamento do mínimo existencial expondo que:

A proteção do mínimo existencial, sendo pré-constitucional, está ancorada na ética e se fundamenta na liberdade, ou melhor, nas condições iniciais para o exercício da liberdade, na idéia de felicidade, nos direitos humanos e nos princípios da igualdade e da dignidade humana. Não é totalmente infensa à idéia de justiça e ao princípio da capacidade contributiva. Mas se extrema dos direitos econômicos e sociais. (grifa-se)

Por outro lado, conforme lecionado por Vólia Bonfim Cassar (2012, p. 29), o mínimo existencial faz parte de um conjunto de valores humanos amparados pelo princípio da dignidade humana, primado delineado na Constituição Federal de 1988. Além disso, a autora apresenta a lição de Luiz Edson Fachin acerca do tema, o qual desenvolve o seguinte entendimento:

(...) a existência de uma garantia patrimonial mínima inerente a toda pessoa humana, integrante da respectiva esfera jurídica individual ao lado dos atributos pertinentes à própria condição humana. Trata-se de um patrimônio mínimo indispensável a uma vida digna do qual, em hipótese alguma, pode ser despossada, cuja proteção está acima dos interesses dos credores. (2006, p. 67)

Com isso há de se observar as condições mínimas necessárias a garantir a proteção legal aos mais diversos grupos junto a sociedade, de forma que os mesmos tenham uma vida digna, vendo seus direitos respeitados na integralidade.

A Constituição brasileira veda expressamente qualquer forma de preconceito ou discriminação, tanto é assim que, no art. 216 da CRFB/88, estabelece a pluralidade social como patrimônio, além de garantir aos grupos minoritários o direito de serem diferentes. “Constituem o patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”. Portanto, dúvida não há que quaisquer formas de preconceito ou discriminação são proibidas e não devem ser toleradas sob pena de afronta aos princípios constitucionais.

Dentro desse contexto não se pode deixar de focar que a dignidade da pessoa humana hoje se coloca como o principal direito fundamental constitucionalmente garantido sendo o guardião dos direitos individuais e dos grupos. Assim, a partir dessa afirmativa percebe-se que a isonomia é essencial a preservar o equilíbrio real, entre os desiguais. Porém na essência ela visa à concretização do direito á dignidade, devendo o interprete ou o legislador quando da aplicação da lei, considera o paradigma a ser observado quanto a determinação da dignidade da pessoa humana. (NUNES, 2010, p. 59- 62).

Esse tema é reforçado por Flávia Piovesan (2010, p. 427) quando afirma a necessidade dos operadores do direito observarem a efetivação dos princípios constitucionais, especialmente o da dignidade humana, explicando que:

Aos operadores do Direito, resta, assim, o desafio de recuperar no Direito seu potencial ético e transformador, doando máxima efetividade aos princípios constitucionais fundamentais, com realce ao princípio da dignidade humana - porque fonte e sentido de toda experiência jurídica.

Dessa forma, observa-se que a ordem social não admite que a vida em sociedade seja despojada do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo o mesmo necessário e elementar para preencher o equilíbrio entre as pessoas fortalecendo a aplicação do principio da isonomia, de forma que os grupos desiguais tenham condições de acompanhar os demais membros da sociedade. Dessa afirmação conclui-se a relevância dos direitos fundamentais para sustentar a construção do Direito nas suas mais diversas esferas.

A partir deste momento e, tendo em vista essas garantias, os grupos passaram a ter condições jurídicas de reivindicarem seus direitos, e esse aspecto será demonstrado no próximo capítulo.

## **2. Condições jurídicas que ensejam a um grupo reivindicarem seus direitos de minorias**

As invenções e a difusão cultural são processos que ocasionam mudanças sociais, pois suscitam modificações nos costumes, relações sociais e instituições (OLIVEIRA, 1998. p. 134). A informação e o conhecimento advindos dos novos meios de comunicação, particularmente a internet, têm aceleradamente se ex-

pandindo provocando transformações sem precedentes, uma verdadeira revolução cultural, com reflexo direto nas relações econômicas locais e internacionais (GANDELMAN, 1997, p. 21).

Por força da facilidade de obter informações, a primeira condição jurídica é ter consciência de como exercer a cidadania. Deve-se ter consciência de que todos são sujeitos de direitos. O cidadão tem de ser cômico das suas responsabilidades enquanto parte integrante de um grande e complexo organismo que é a coletividade, seja na categoria de maioria, seja na de minoria, para o bom funcionamento do Estado. Como explica Dalmo Abreu Dallari (2004, p. 22):

A cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social. Por extensão, a cidadania pode designar o conjunto das pessoas que gozam daqueles direitos.

Após mais de 25 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, a sociedade civil, cada vez mais, está consciente dos seus direitos e de que é preciso buscar opções (administrativas ou judiciais) para tê-los reconhecidos, para que assim se possa efetivamente colocar em prática os princípios e objetivos estabelecidos na Carta Magna.

A segunda condição encontra-se na CRFB/88. É um dos seus fundamentos - o pluralismo político -,

ideal que funda a democracia pluralista - formada pela simbiose das mais diferentes opiniões, ideais e conceitos que convivem harmonicamente, sob o cunho do respeito recíproco. Nas palavras do povo (cuja inteligência resume as divagações). A divergência é inerente à pluralidade de pessoas, e o direito de um termina quando começa o do outro.” (GONZALES, 2010, p. 6)

Portanto, conforme as palavras do magistrado acima aludido são efetivas as garantias ao respeito, à liberdade, à individualidade, à dignidade da pessoa humana - diretrizes que a ordem constitucional funda tanto na relação do Estado versus indivíduo, como na relação da sociedade entre si (indivíduos x indivíduos, coletividade x coletividade ou coletividade x indivíduos). No anseio de proteger

a pluralidade e, conseqüentemente, as minorias, o Código Civil/02 (diploma que rege os direitos civis) preocupa-se com a ética e a função social da propriedade e do contrato em prol da convivência social (GONZALES, 2010, p. 6)

Transcrevem-se do Código Civil os arts. 187, 421 e 422, por serem os mais significativos dispositivos legais infraconstitucionais que expressam o tema:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes;

(...)

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. (grifa-se)

Porém, não adianta se afirmar que os direitos existem e são garantidos, se na prática os mesmos não são aplicados. A mera previsão legal, por si só, não é capaz de efetivar a diminuição das desigualdades e, conseqüentemente, concretizar o exercício desses direitos pelas classes sociais excluídas.

Assim, para que os direitos e garantias sejam, de fato, aplicados, há necessidade de que as pessoas sejam informadas e conscientizadas da sua existência, bem como do poder de defender e postular os mesmos. “Para ter um sistema eficiente de proteção dos direitos é preciso contar com a colaboração do Legislativo, do Executivo e do Judiciário. (DALLARI, 2004, p. 98).

Nesse sentido vale transcrever a afirmativa ainda de Dalmo Abreu Dallari (2004, p. 96) quando esclarece que:

Não basta afirmar, formalmente, a existência dos direitos, sem que as pessoas possam gozar desses direitos na prática. A par disso, é indispensável também a existência de instrumentos de garantia, para que os direitos não possam ser ofendidos ou anulados por ações arbitrárias de quem detiver o poder econômico, político ou militar.

Portanto, há necessidade de não somente ter a lei em nosso ordenamento jurídico, mas efetivamente se ter a eficácia da mesma, de forma que aqueles

que necessitem dela, principalmente os grupos identificados como minorias, tenham condições de acessar a garantia e/ou os meios de manutenção de seus direitos, vendo-os respeitados em sua totalidade.

A reivindicação de direitos de minorias é um fenômeno global, mas no contexto nacional, foi intensificado tanto pelo papel garantista da CRFB/88, quanto pela conscientização da sociedade do que representa o regime democrático.

#### **4. Como o Poder Judiciário tem conseguido atender as minorias se a lei é a vontade da maioria?**

Em sociedades democráticas, ideologicamente, a lei representa a vontade da maioria. Ela é criada no âmbito do Legislativo e expressa a vontade que emana daqueles que representam o povo (congressistas), e aqueles que os elegeram. Portanto, os direitos estabelecidos nas leis elaboradas no âmbito do Legislativo não são uma concessão ao povo, mas uma conquista atribuída ao exercício político desse povo e suas escolhas políticas.

Como a lei é a expressão jurídica da vontade social, seus ônus são divididos entre os próprios integrantes da sociedade. Sendo assim, ainda que a maioria ou a minoria encabece o conteúdo de um processo legislativo, ao final, todos os membros serão abrangidos pela norma produzida. A sociedade civil brasileira vem evoluindo ano a ano e foram criadas organizações não-governamentais (ONGs) e associações de defesa de direitos coletivos e difusos, que são organismos coletivos que exercem suas atividades visando efetivar políticas públicas necessárias a atender as reivindicações dos direitos de minorias, e garantir a proteção e efetivação dos seus direitos.

O Poder Judiciário, acompanhando a evolução da sociedade civil, avançou consideravelmente o que permitiu a defesa dos direitos de minorias, através das decisões da Justiça e tem conseguido equilibrá-los para que elas não sejam sufocadas; “o Poder Judiciário atua como um filtro que equilibra as reivindicações legítimas das minorias, não acolhidas pelo princípio majoritário” (GONZALES, 2010, p. 6).

Um exemplo dessa evolução pode ser percebido com a análise da Jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça que, anteriormente à recomendação do CNJ de serem eliminadas as barreiras que impediam o acesso ao judiciário pelos portadores de deficiência física, já acenava para a proteção do direito dessas

minorias:

PROCESUAL CIVL. ADMINSTRATIVO. AÇÃO CIVL PÚBLICA. OBRAS DE ADEQUAÇÃO DO PRÉDIO DO FÓRUM DE SANTA FÉ DO SUL. ELIMNAÇÃO DE BAREIRAS ARQUITÊNICAS. ACESIBILIDADE DE DEFICIENTES FÍSICOS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. ASTREINTES. OBRIGAÇÃO DE FAZER. INCIDÊNCIA DO MEIO DE COERÇÃO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 461, §4, DO CP. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 28 E356/STF.

1. É cabível a cominação de multa diária (astreintes) em face da Fazenda Pública, com meio de vencer a obstinação quanto ao cumprimento da obrigação de fazer (fungível ou infungível) ou entregar coisa, incidindo a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância. Precedentes do STJ: AgR no Ag 102534/SP, DJ de 1/09208; AgR no Ag 1041/RS, DJ de 19/208; REsp 106721/RS, DJ de 23/10208; REsp 973.647/RS, DJ de 29.10207; REsp 689.038/RJ, DJde 03.8207: REsp 719.34/PE, DJ de05.1206; eREsp 869.106/RS, DJde 30.1206.

2. Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público Estadual, objetivando adequação do Prédio do Fórum de Santa Fé do Sul, par garantir acessibilidade aos portadores deficiência física, no qual foi deferida antecipação dos efeitos da tutela, par determinar que o demandado iniciasse as obras de adequação do prédio, no prazo de três meses, sob pena de pagamento de multa diária no valor de R\$ 40,0 na hipótese de descumprimento.

3. A simples indicação dos dispositivos legais todos por violados (art. 12, §2º, da Lei 7.347/84; art. 84, §3º, da Lei nº 8.078/90; arts. 461, § 4º; 273, §3º e64, do CP), sem referência com o disposto no acórdão confrontado, basta o conhecimento do recurso especial. Incidência dos verbetes das Súmulas 28 e356 do STF.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. (grifa-se). REsp Nº 987.280 - SP 2007/0119804-8 Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 16/04/2009, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe: DIVULG 19/05/2009 PUBLIC 20/05/2009 (Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5094240&num\\_registro=200701198048&data=20090520&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5094240&num_registro=200701198048&data=20090520&tipo=5&formato=PDF). Acesso 22 fev. 2014.)

Quando um grupo minoritário demanda “uma reivindicação que alcança o patamar de direito à vida, a Justiça entende que se trata de um núcleo de direito

essenciais a essas minorias.” (GONZALES, 2010, p. 6) E como tal, não pode ser negligenciado. “Daí o papel do Poder Judiciário de obtemperar as minorias frente ao princípio majoritário próprio do Legislativo.” (GONZALES, 2010, p. 6).

Com isso, o Poder Judiciário equilibra a balança dos poderes entre a maioria e a minoria para que esta última seja salvaguardada em suas prerrogativas fundamentais como o direito à vida, à liberdade, à saúde, à informação, à educação, à sexualidade, ao credo religioso, à crença filosófica, à defesa dos deficientes, a não discriminação, além de outros.

Dessa forma, a lei, ao ser aplicada deve enquadrar-se ao caso concreto, mediante aplicação dos Princípios protetivos como forma de se criar a norma jurídica individualizada que, de fato, efetive o direito postulado. Esse entendimento é ratificado por Jacques (1981, p. 146), em seus comentários sobre a aplicação da lei, dizendo que:

A aplicação da lei “consiste no enquadrar um caso concreto em a norma jurídica adequada” - disse-o, com toda a razão, Carlos Maximiliano (in hermenêutica e aplicação do direito, cit., p. 18, n.8). Tem ela técnica própria, que se resume na verificação da *questio jûris* (a norma jurídica adequada), e na constatação da *questio facti* (o caso concreto), a fim de que se proceda ao enquadramento do fato na norma.

É tarefa que incumbe, precipuamente, aos magistrados e administradores, que, para tanto, se utilizam de princípios jurídicos e parêmsias consagradas.

A CRFB/88 estabelece a possibilidade de propositura de defesas individuais e coletivas aos direitos de minorias, isso porque a Justiça garante a proteção ao círculo indevassável da vida do indivíduo e da coletividade. Conforme explica Leonardo Carneiro da Cunha, embora as ações coletivas sejam as mais aplicáveis à defesa dos direitos das minorias, essas não têm o alcance de abranger todas as situações repetitivas:

Em primeiro lugar, não há uma quantidade suficiente de associações, de sorte que a maioria das ações coletivas tem sido proposta pelo Ministério Público - e, mais recentemente, pela Defensoria Pública - não conseguindo alcançar todas as situações massificadas que se apresentam a cada momento.



Demais disso, as ações coletivas não são admitidas em alguns casos. No âmbito doutrinário, discute-se se é cabível a ação coletiva para questões tributárias.

(...)

Finalmente, o regime da coisa julgada coletiva contribui para que as questões repetitivas não sejam definitivamente solucionadas nas ações coletivas. A sentença coletiva faz coisa julgada, atingindo os legitimados coletivos, que não poderão propor a mesma demanda coletiva. Segundo dispõem os §§ 1º e 2º do art. 103, CDC

, a extensão da coisa julgada poderá beneficiar, jamais prejudicar os direitos individuais.

(...)

Quer dizer que as demandas individuais podem ser propostas em qualquer caso de improcedência.

(...)

Como se percebe, as ações coletivas são insuficientes para resolver, com eficiência e de maneira definitiva, as questões de massa, contribuindo para a existência de inúmeras demandas repetitivas, a provocar acúmulo injustificável de causas perante o Judiciário. (2011, p. 260-264)

É inegável que face às dificuldades enfrentadas e a evolução tecnológica, a sociedade de consumo auxilia na busca de alternativas. Neste contexto, as relações sociais se tornaram mais complexas. Consoante observa Flaviana Rampazzo Soares (2009. p. 25) ao comentar que:

Quanto mais complexas são as relações sociais, maiores são as possibilidades de se ocasionar uma lesão à esfera jurídica alheia e mais eficiente deve ser a resposta a ser dada pelo direito com a finalidade de que as marcas maléficas dos danos decorrentes de atos ilícitos sejam apagadas ou pelo menos, reduzidas.

Pode não haver uma resposta única a como são resolvidas as diferenças das minorias em termos de opiniões e valores — apenas a certeza de que só através do processo democrático de tolerância, debate e disposição para negociar é que as sociedades livres podem chegar a acordos que abranjam os pilares gêmeos do governo da maioria e dos direitos das minorias (GONZALES, 2010, p.7).

Nesse sentido, é salutar a análise da decisão proferida no âmbito do Egrégio Supremo Tribunal Federal - STF, que, com fundamento no Princípio da Isonomia equiparou, para fins de recebimento de pensão por morte, a união estável de casais do mesmo sexo, encerrando uma discussão colocada em pauta que se demonstrava discriminatória e contrária aos avanços sociais esperados:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE. UNIÃO HOMOAFETIVA. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO COMO ENTIDADE FAMILIAR. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DAS REGRAS E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS VÁLIDAS PARA A UNIÃO ESTÁVEL HETEROAFETIVA. DESPROVIMENTO DO RECURSO. 1. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132, ambas da Relatoria do Ministro Ayres Britto, Sessão de 05/05/2011, consolidou o entendimento segundo o qual a união entre pessoas do mesmo sexo merece ter a aplicação das mesmas regras e consequências válidas para a união heteroafetiva. 2. Esse entendimento foi formado utilizando-se a técnica de interpretação conforme a Constituição para excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Reconhecimento que deve ser feito segundo as mesmas regras e com idênticas consequências da união estável heteroafetiva. 3. O direito do companheiro, na união estável homoafetiva, à percepção do benefício da pensão por morte de seu parceiro restou decidida. No julgamento do RE nº 477.554/AgR, da Relatoria do Ministro Celso de Mello, DJe de 26/08/2011, a Segunda Turma desta Corte, enfatizou que “ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomenta a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual. (...) A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas”. (Precedentes:

RE n. 552.802, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 24.10.11; RE n. 643.229, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 08.09.11; RE n. 607.182, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 15.08.11; RE n. 590.989, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 24.06.11; RE n. 437.100, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 26.05.11, entre outros). 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 687432 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-193 DIVULG 01-10-2012 PUBLIC 02-10-2012) (grifou-se)  
(Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000193296&base=baseAcordaos>. Acesso 07 fev. 2014.)

Como visto acima, diversas lutas judiciais são travadas no sentido de garantir esses direitos às minorias, pois inobstante estarem preconizados na Constituição Federal e em outros dispositivos legais, os mesmos acabam sendo desrespeitados e só são cumpridos quando acionado o Poder Judiciário que através da prestação da tutela jurisdicional vem ao encontro de socorrer essa minoria em seus direitos.

### Considerações Finais

A história demonstra que as democracias, no mundo inteiro, entendem que proteger os direitos de minorias é apoiar a identidade cultural, as práticas sociais, as consciências individuais e as atividades religiosas de um grupo de indivíduos. O que, conforme a CRFB/88, é uma de suas tarefas principais.

As minorias para reivindicarem seus direitos devem acreditar que o governo os protegerá bem como a sua identidade própria. Feito isto, os grupos minoritários participam e contribuem para as instituições democráticas do seu país seja por meio da constituição de associações para salvaguardar os seus direitos seja demandando judicialmente a proteção de seus direitos de minorias.

Entre os direitos humanos fundamentais que qualquer governo democrático deve proteger estão à liberdade de expressão; à liberdade de religião e de crença; ao julgamento justo e igual proteção legal; e à liberdade de organizar, denunciar, discordar e participar plenamente na vida pública da sociedade na qual estão inseridos.

A aceitação de grupos étnicos e culturais que parecem estranhos para a maioria, pode ser um dos maiores desafios que um governo democrático precisa en-

frentar. Tratar a diversidade ou diferenças na identidade, na cultura e nos valores é um desafio que pode reforçar e enriquecer um povo.

Contudo, se observa algumas dificuldades na proteção das minorias: (I) não há uma quantidade suficiente de associações protetivas das minorias, restando o Ministério Público e a Defensoria Pública para defender os direitos das minorias por meio das ações coletivas; (II) ainda há discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre a eficácia das ações coletivas em alguns casos, sendo assim não se consegue alcançar todas as situações massificadas que se apresentam a cada momento; (III) o regime da coisa julgada coletiva estabelecido pela hermenêutica contribui para que as questões repetitivas não sejam definitivamente solucionadas nas ações coletivas, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 103, Código do Consumidor.

Portanto, essas minorias existem e existirão, mas agora lutam para melhorar as suas condições, para se manifestar, para se fazerem existentes, principalmente reivindicando seus direitos em Juízo.

Pode-se afirmar que tais reivindicações estão crescendo e, quando legítimas, têm sido asseguradas o Poder Judiciário. No entanto, as ações coletivas são insuficientes para resolver, com eficiência e de maneira definitiva, as questões de massa, contribuindo para a existência de inúmeras demandas repetitivas, a provocar acúmulo injustificável de causas perante o Judiciário.

## Referências bibliográficas

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Publicada em 05 de outubro 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 15 de fev. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 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 15 de fev. 2014.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. Niteroi, Impetus, 6ª edição, 2012.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. In: **Revista de Processo**, v. 36, n. 193/mar, São Paulo: RT, 2011, p. 255-279.

DALLARI, Dalmo Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004.

FACHIN, Luiz Édson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2ª ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: SAMPAIO, José Adércio L.; CRUZ, Álvaro R. S. **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GANDELMAN, Henrique. **De Gutenberg à internet: direitos autorais na era digital**. Rio de Janeiro: Record, 1997.

GONZALES, Douglas Camarinha. O direito das minorias, a vez de quem é diferente. In: **Justiça em Revista** - Publicação Bimestral da Justiça Federal de Primeiro Grau em São Paulo. Ano IV, nº 16, abril de 2010, p. 6-7.

JACQUES, Paulino. **Curso de introdução ao estudo do direito**. 4.ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1981.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2011.

NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Pêrsio Santos de. **Introdução à sociologia**. 19 ed. São Paulo: Ática, 1998.

ONU. **Organização das Nações Unidas**. Disponível em: <[http://www.onu-brasil.org.br/doc\\_cs.php](http://www.onu-brasil.org.br/doc_cs.php)>. Acesso em 15 de fev. 2014.

\_\_\_\_\_. **Declaração dos Direitos das Pessoas pertencentes a Minorias Nacionais**

ou **Étnicas, Religiosas e Linguísticas**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/discrimina/dec92.htm>>. Acesso em 15 de fev. 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2007.

SILBER, Laura; LITTLE, Allan. História de formação da antiga Iugoslávia. Extrato da “L'Etat du Monde 1992”, **Encyclopédia Universalis**, Recenseamento de 1991 pelo Instituto Federal de Belgrado.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STJ - Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL Nº 987.280 - SP 2007/0119804-8**. Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 16/04/2009, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe: DIVULG 19/05/2009 PUBLIC 20/05/2009 Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5094240&num\\_registro=200701198048&data=20090520&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5094240&num_registro=200701198048&data=20090520&tipo=5&formato=PDF). Acesso 22 fev. 2014.

STF - Supremo Tribunal Federal. **AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 687432** Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe DIVULG 01/10/2012 PUBLIC 02/10/2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000193296&base=baseAcordaos>. Acesso 07 fev. 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. 2 tiragem. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2009.

Artigo recebido em: 02.03.2014

Revisado em: 09.03.2014

Aprovado em: 12.03.2014

# O PROPÓSITO NEGOCIAL COMO ELEMENTO ESSENCIAL PARA O PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO NA ERA DA SUSTENTABILIDADE

## *THE PURPOSE OF NEGOTIATING AS AN ESSENTIAL ELEMENT FOR TAX PLANNING IN THE AGE OF SUSTAINABILITY*

**Ricardo Lopes de Moraes<sup>1</sup>**

Especialista em Direito Corporativo

Universidade Positivo - Curitiba (PR) - Brasil

**RESUMO:** A elevada carga tributária Brasileira representa um entrave ao crescimento econômico, face ao desenvolvimento da concorrência em níveis mundiais e à redução de margens de lucros das empresas. O Poder Executivo tem buscando desconsiderar os negócios jurídicos praticados com a finalidade de redução da carga tributária, por meio da análise do Propósito Negocial, ou, da Substância Econômica. Neste cenário, pretende-se examinar o que se apresenta. Tais mecanismos encontram limites formais e materiais objetivos no sistema constitucional tributário brasileiro, mormente nas garantias fundamentais do contribuinte no Estado Democrático de Direito. A metodologia empregada é a teórica com a revisão bibliográfica sobre o tema e a de dados secundários, buscando-se julgados representativos sobre o tema nos Tribunais Brasileiros.

**PALAVRAS-CHAVE:** Carga Tributária. Propósito Negocial. Garantias fundamentais.

**ABSTRACT:** The high tax burden Brazilian is an obstacle to economic growth, given the development of competition in global levels and reduced profit margins of companies. The Executive Branch is seeking to disregard the legal business practices in order to reduce the tax burden, through the analysis of the Purpose

---

<sup>1</sup>Graduado em Direito e Pós Graduado em Direito Corporativo pelo LLM da Faculdade Brasileira de Tributação em parceria com o Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais - IBMEC - realizado nas dependências da primeira parceira, em Curitiba, no Paraná. O artigo insere-se na Linha Editorial da Revista: Sociedade, Empresa e Sustentabilidade. Advogado e empresário. E-mail: ricardo@battistella.com.br



Negotiation, or the Economic Substance. In this scenario, we want to examine what is presented. Such mechanisms are formal limits and material goals in Brazilian tax constitutional system, especially in the fundamental guarantees of the taxpayer in a democratic state. The methodology is the theoretical with the literature review on the subject and secondary data, seeking to be judged representative on the theme in Brazilian Courts.

**KEYWORDS:** Tax Burden. Negotiating purpose. Fundamental guarantees.

## Introdução

Segundo estudos apresentados pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário<sup>2</sup>, a elevada carga tributária brasileira tem se demonstrado um dos maiores entraves ao crescimento da economia brasileira, o que tem obrigado as empresas a se organizarem no sentido de buscarem alternativas lícitas e viáveis que tenham o condão de reduzir o impacto deste indesejável ônus.

Nesta esteira, os planejamentos tributários foram sendo desenvolvidos e aprimorados, da mesma forma, porém, em sentido contrário, que o Poder Executivo vem aprimorando conceitos e estratégias no sentido de combater esta mencionada redução, criando o embate que vem sendo denominado Elisão X Evasão. Compreender os conteúdos e peculiaridades de cada um destes conceitos é tarefa fundamental para a correta utilização das alternativas de redução da carga tributária, sem que isto se torne um problema ainda maior para os Contribuintes.

Na tentativa de demarcar os limites da atuação dos Contribuintes, a Lei Complementar 104/2001 (chamada de norma geral antielisiva) incluiu o parágrafo único ao artigo 116 do Código Tributário Nacional (CTN), com o seguinte teor: “A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”.

Contudo, a falta de regulamentação (lei ordinária) tornou letra morta a al-

<sup>2</sup>Disponível em [http://www.ibpt.com.br/img/\\_publicacao/14447/211.pdf](http://www.ibpt.com.br/img/_publicacao/14447/211.pdf). Acessado em 2 set. 2008.

teração do artigo 116 do CTN, sem aplicação prática no ordenamento jurídico pátrio. Assim, a falta de fundamentação legal, clara e objetiva, que suporte a legalidade do planejamento tributário, enquanto objeto lícito de redução da carga tributária torna difícil a tarefa daqueles que possuem a responsabilidade de tornar os resultados das empresas mais atraentes, e, por outro lado, permite a subjetividade e por vezes, arbitrariedade das autoridades fiscalizadoras, que sobrepõem aos princípios constitucionais brasileiros, interesses arrecadadores.

Neste sentido, contemporaneamente, vem ganhando força a tese desenvolvida pelos entes tributantes no sentido de que os atos praticados pelo Contribuinte com o objetivo de reduzir sua carga tributária devem preencher, dentre outros, os seguintes requisitos: (I) não podem ter sido praticados com o propósito único e específico de redução da carga tributária, e neste sentido, (II) devem estar revestidos de uma substância econômica, o que se convencionou denominar de “propósito negocial (*business purpose*)”.

De um modo geral, com a mencionada alteração do CTN e, principalmente, com a internalização em nosso Sistema Jurídico da doutrina do business purpose, o planejamento tributário, especialmente no que se refere à avaliação da sua licitude, sofreu drásticas mudanças, passando a ser compreendido como planejamento válido aquele conjunto de medidas que, atentas ao propósito negocial do contribuinte e levadas a efeito antes da ocorrência do fato gerador, importam em redução, evitando ou postergando o pagamento de tributos.

Neste cenário, percebe-se a importância do desenvolvimento deste trabalho, como sua justificativa, no sentido de analisar determinados conceitos e identificar possíveis limitações aos poderes de atuação de ambos os interessados, nesta que não deixa de ser uma relação jurídica, e sua validade e fundamentos dentro do ordenamento jurídico pátrio. A delimitação clara e objetiva de quais atos podem ser praticados pelo Contribuinte é de suma importância para as empresas, uma vez que a falta de clareza expõe a um risco de autuações indesejáveis, e cria embates intermináveis entre Fisco e Contribuinte, e este trabalho pretende identificar quais são os limites de cada uma das partes, sob a ótica do ordenamento jurídico pátrio.

O método empregado no presente trabalho será o dedutivo, baseado na construção doutrinária e legislativa, sendo analisado a partir de casos práticos de recentes decisões administrativas e judiciais. O método de procedimento específico será o da pesquisa bibliográfica sobre o tema, através de artigos ju-

rídicos, doutrina, revistas jurídicas, jurisprudência, legislação constitucional e infraconstitucional, bem como comparação entre as Leis e casos práticos que se mostrarem relevantes.

## **1. Noções introdutórias**

### **1.1. Conceito de Planejamento Tributário**

O planejamento tributário em seu sentido mais amplo tem relação direta com o impulso e aspiração natural de todo ser humano de evitar qualquer diminuição de seu patrimônio. É natural a busca pelo resultado econômico mais vantajoso, por custos menores. Ou seja, o indivíduo, dentro de sua liberdade de ação e omissão, procura conduzir seus negócios da forma menos onerosa, inclusive sob o aspecto tributário.

Neste contexto, o Planejamento Tributário é entendido como o conjunto de estudos e estratégias elaborados com o objetivo de racionalizar o ônus tributário que pesa sobre as atividades empresariais, através da adoção de práticas que visem a economia de tributos.

Ou seja, a partir da análise de determinada legislação ou operação, o contribuinte age de forma preventiva, buscando medidas e procedimentos tendentes a (I) reduzir o montante do tributo ainda não efetivamente devido, sua alíquota ou base de cálculo, (II) evitar a incidência do fato gerador ou (III) postergar o seu pagamento, sem a ocorrência da multa, suportando as ações e omissões em documentos que retratem a realidade e a veracidade dos atos jurídicos praticados.

Na verdade, se caracteriza como uma atividade estritamente preventiva, que tem como objeto a análise dos tributos incidentes sobre as atividades empresariais, buscando identificar os atos e fatos tributáveis e seus efeitos, comparando-se os resultados prováveis, para os diversos procedimentos possíveis, de tal forma a possibilitar a escolha da alternativa menos onerosa.

Pelo requisito cronológico, somente podem ser considerados como planejamento tributário aqueles atos realizados antes da incidência do tributo, ou seja, antes da ocorrência do fato gerador. Já pelo critério da licitude, os atos e os efeitos dos atos praticados pelo contribuinte no sentido de reduzir ou excluir o ônus tributário devem ser lícitos.

Marco Aurélio GRECO conceitua o Planejamento Tributário como sendo o “conjunto de condutas que o contribuinte pode realizar visando buscar a menor carga tributária legalmente possível”<sup>3</sup> e Hugo de Brito MACHADO como “a economia lícita de tributos obtida através da organização das atividades do contribuinte, de sorte que sobre elas recai o menor ônus possível”<sup>4</sup>.

O planejamento tributário tem fundamento em princípios constitucionais, como a liberdade de iniciativa (art. 1º, inciso IV e 170 *caput* da Constituição Federal - CF/88<sup>5</sup>) e a livre concorrência (art. 170, inciso IV da CF/88<sup>6</sup>), assim como, nas liberdades previstas ao longo do art. 5º da CF/88<sup>7</sup>, que expressam a liberdade do indivíduo de organizar sua vida, principalmente no que tange a liberdade contratual, bem como, no princípio da legalidade e na garantia do direito de propriedade.

Dessa forma, atrelado à ideia de eficiência, o planejamento é direito subjetivo de qualquer pessoa, seja ela física ou jurídica. Humberto Bonavides BORGES aponta para quatro importantes regras a serem aplicadas na tentativa de identificar a juridicidade do planejamento tributário: (I) verificar se a economia de impostos é oriunda de ação ou omissão anterior à concretização da hipótese normativa de incidência; (II) examinar se a economia de impostos é oriunda de ação ou omissão legítimas; (III) analisar se a economia de impostos é proveniente de ação realizada por meio de formas de direito privado normais, típicas e adequadas; e (IV) investigar se a economia de impostos resultou de ação ou conduta realizadas igualmente a suas formalizações nos correspondentes documentos e registros fiscais.<sup>8</sup>

Não há uma maneira pré-estabelecida de se realizar um planejamento tributário. Contudo, pela experiência prática, é possível reconhecer algumas características comuns nos planejamentos realizados. A primeira delas é apontada por

<sup>3</sup>GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. São Paulo: Dialética, 2008. p. 117.

<sup>4</sup>MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário, 31. ed., São Paulo: Malheiros, 2010. p. 360.

<sup>5</sup>“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.”

<sup>6</sup>“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: IV - livre concorrência.”

<sup>7</sup>Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (...) XXII - é garantido o direito de propriedade.

<sup>8</sup>BORGES, Humberto Bonavides. Planejamento Tributário. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004. p. 34.

GRECO como: “(...) a circunstância de haver um objetivo escolhido previamente à escolha dos instrumentos a serem utilizados. Vale dizer, o fim

(redução de tributo) é definido antes dos meios (contratos, etc.)”<sup>9</sup>. Isto leva ao predomínio do fim sobre o meio, pois este é escolhido unicamente porque e desde que sirva ao objetivo visado.

Por fim, cabe destacar que a redução ou o não pagamento de tributos podem representar uma atividade lícita de gestão de custos, ou uma atividade ilícita de simulação e fraude, diferenciando-se, assim, dois conceitos: o da elisão e o da evasão fiscal. De extrema importância no contexto jurídico-tributário atual, estes dois conceitos estão ligados à legalidade ou não dos atos praticados pelos contribuintes com o objetivo de reduzir a carga tributária de suas operações, e que poderão ser, ou não, objeto de questionamentos e autuações por partes das autoridades fiscalizadoras.

## 1.2. Diferença entre Evasão e Elisão Fiscal

Conforme mencionado, o contribuinte que pretende diminuir os seus encargos tributários, poderá fazê-lo de dois meios: o lícito ou ilícito, que juridicamente é denominado de elisão ou evasão fiscal. Em poucas palavras, elisão fiscal é a expressão utilizada para designar a economia legal de tributos, enquanto evasão fiscal é a designação dada para a sua forma ilegal.

Assim, Elisão Fiscal ocorre quando a redução do ônus tributário se dá por meio da adoção de condutas lícitas, em total conformidade e observância da legislação, evitando a ocorrência do fato gerador, ou ainda, buscando meios legais de reduzi-los ou postergar o seu pagamento, que permitam a organização de negócios e a estruturação de sociedades de forma que melhor pareça ao contribuinte. A forma celebrada é jurídica e lícita.

Para GRECO elisão é a “conduta lícita do contribuinte antes da ocorrência do fato gerador, que ele pratica sem que esteja revestida de nenhuma prática simulatória, com a qual ele obtém uma menor carga tributária legalmente possível”<sup>10</sup>.

Por outro lado, evasão fiscal é tida como todo ato praticado após a

<sup>9</sup>GRECO, Marco Aurélio. Op. Cit. p. 118.

<sup>10</sup>GRECO, Marco Aurélio. Op. Cit. p. 81.

ocorrência do fato gerador, com o intuito de não pagar tributo ou de reduzir o seu montante, mediante o emprego de condutas ilícitas.

Importante destacar que uma vez ocorrido o fato gerador, qualquer ato praticado pelo sujeito passivo com o intuito de evadir-se do cumprimento da obrigação tributária será considerado evasão fiscal. São comumente identificados por meio de fraudes e de sonegação fiscal.

### 1.3. Sonegação Fiscal e Fraude à Lei

De acordo com o artigo 71 da Lei 4.502/64 Sonegação Fiscal: “é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária (i) da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais ou (ii) das condições pessoais do contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.”

Neste mesmo sentido, a lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, em seu Art. 1º define o crime de sonegação fiscal, da seguinte forma:

“Art. 1º Constitui crime de sonegação fiscal: I - prestar declaração falsa ou omitir, total ou parcialmente, informação que deva ser produzida a agentes das pessoas jurídicas de direito público interno, com a intenção de eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributos, taxas e quaisquer adicionais devidos por lei; II - inserir elementos inexatos ou omitir rendimentos ou operações de qualquer natureza em documentos ou livros exigidos pelas leis fiscais, com a intenção de exonerar-se do pagamento de tributos devidos à Fazenda Pública; III - alterar faturas e quaisquer documentos relativos a operações mercantis com o propósito de fraudar a fazenda pública; IV - fornecer ou emitir documentos gratuitos ou alterar despesas, majorando-as, com o objetivo de obter dedução de tributos devidos à Fazenda Pública, sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis; V - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário da paga, qualquer porcentagem sobre a parcela dedutível ou deduzido do Imposto sobre a Renda como incentivo fiscal.

Por outro lado, a fraude, conforme artigo 72 da Lei 4.502/64 “é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrên-



cia do fato gerador da obrigação tributária principal, ou excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar o seu pagamento”.

A partir dos conceitos existentes na legislação pátria se verifica que a fraude e a sonegação fiscal se caracterizam como ato voluntário e consciente adotado pelo contribuinte com o intuito de violar a legislação fiscal aplicável ou a obrigação tributária, visando a modificação ou ocultação de uma situação jurídica já concretizada a favor do fisco, para obter a vantagem de redução da carga tributária. A constatação destes procedimentos evidencia que o contribuinte praticou Evasão Fiscal, que constitui crime contra a ordem tributária e se distingue do Planejamento Tributário, este caracterizado pela adoção de procedimentos lícitos e anteriores ao fato gerador, visando a economia tributária.

Importante destacar também que nos casos de fraude e sonegação fiscal, como o fato gerador do tributo já ocorreu, em geral, as condutas são acobertadas com roupagem jurídica simulada ou dissimulada. A simulação nos negócios jurídicos praticados pelo contribuinte com o intuito de obter vantagem tributária é atualmente o elemento de maior investigação das autoridades fiscais com o intuito de combater a evasão fiscal e sobre a qual se revelam os maiores embates na jurisprudência pátria.

#### 1.4. Simulação e Negócio Jurídico Indireto

O § 1º do art. 167 do Código Civil dispõe que haverá simulação nos negócios jurídicos quando: “I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas as quais realmente se conferem, ou transmitem; II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados”.

E neste sentido, o *caput* deste mesmo artigo dispõe que “É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma”.

A simulação, enquanto importante elemento caracterizador da evasão fiscal tem como principal característica a existência de uma vontade declarada diferente da vontade real, e que visa estabelecer um ato jurídico que de fato não existe.

Alberto XAVIER a define como “um caso de divergência entre a vontade (von-



tade real) e a declaração (vontade declarada), procedente de acordo entre o declarante e o declaratório e determinada pelo intuito de enganar terceiros”<sup>11</sup>. Para este autor, portanto, os elementos essenciais da simulação são i) intencionalidade da divergência entre a vontade e a declaração, ii) o acordo

simulatório e iii) o intuito de enganar terceiros. Assim, diante destes requisitos, a simulação fiscal seria aquela em que a finalidade fosse prejudicar o fisco, considerado como terceiro da operação.

A doutrina diferencia ainda simulação absoluta e a relativa. A simulação do tipo absoluta exprime ato jurídico inexistente, ilusório, fictício, ou que não corresponde à realidade, total ou parcialmente, mas a uma declaração de vontade falsa. Nela aparenta-se celebrar um negócio jurídico quando, na realidade, não se pretende realizar negócio algum. Já a simulação será relativa quando por trás do negócio simulado existe outro dissimulado. Assim, enquanto na simulação absoluta existe apenas um negócio jurídico correspondente à vontade declarada inexistente, na simulação relativa existem dois negócios jurídicos, o simulado, correspondente à “vontade declarada enganadora” e o dissimulado, correspondente à vontade real.

Com relação aos efeitos dos negócios realizados com simulação, quer na simulação absoluta ou na relativa, a consequência do ato simulatório é a anulação do contrato, por este não corresponder à vontade real das partes, conforme artigo 167 do Código Civil.

Nesta esteira, se revela importante a comparação entre os procedimentos adotados lícitamente pelo contribuinte para redução da carga tributária, e, portanto, considerados como elisão fiscal e os atos revestidos de simulação, capazes de afastar a licitude do planejamento tributário, evidenciando a evasão fiscal. Sampaio DÓRIA elenca alguns critérios que indicam a diferença entre simulação e elisão fiscal, sendo:<sup>12</sup>

a) natureza dos meios: na elisão os meios empregados são sempre lícitos, enquanto que na simulação a ilicitude dos meios é escondida;

b) ocorrência do fato gerador: na elisão utiliza-se de formas alternativas para impedir a verificação do pressuposto de incidência. Já na simulação, há a ocorrência efetiva do fato gerador, mas este vem desnaturado, em sua exteriorização

<sup>11</sup>XAVIER, Alberto. *Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva*. São Paulo, Dialética, 2001, p.59.

<sup>12</sup>DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Elisão e Evasão Fiscal*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 44-45

formal, pelo artifício utilizado, de forma que não é reconhecido em sua forma, como a hipótese de incidência prevista legalmente;

c) eficácia dos meios: com relação à efetividade da forma jurídica adotada e sua consonância com o conteúdo, na elisão fiscal a forma jurídica, apesar de alternativa, é real, havendo, portanto, correspondência entre forma e conteúdo. Na simulação, entretanto, a forma jurídica adotada é mero pretexto, havendo incompatibilidade entre forma e conteúdo. Assim, os negócios jurídicos empregados discrepam radicalmente das características essenciais da realidade factual, ou seja, há uma violência na adaptação da forma jurídica aos fatos;

d) resultados: na elisão, os resultados produzidos são próprios aos negócios jurídicos realizados. Por outro lado na simulação, os efeitos reais são diversos daqueles que aparentam ser, não se produzem os resultados naturais do negócio por conta da simulação.

Importa destacar que além da simulação, a doutrina atual também discute o negócio jurídico indireto. Segundo XAVIER, negócio jurídico indireto é o “negócio jurídico que as partes celebram para através dele atingir fins diversos dos que representam a estrutura típica daquele esquema negocial.”<sup>13</sup> A característica essencial do negócio jurídico indireto está na utilização de um negócio típico para obter um efeito prático equivalente ao de outro negócio, mas que as partes não desejam celebrar em razão de certos efeitos que enseja.

Os negócios jurídicos indiretos podem ter repercussão no campo tributário quando a realização indireta é determinada pela intenção de não incidência ou redução no pagamento de tributos. Tendo em vista que o resultado econômico alcançado pelas partes é equivalente à forma negocial típica, a realização do negócio indireto permite assim a obtenção dos mesmos resultados, mas com regime de tributação mais favorável.

Assim, os negócios jurídicos indiretos se diferenciam da figura da simulação por conterem dois elementos essenciais: divergência entre estrutura do negócio (fins típicos) e os fins que as partes almejam e o fato da escolha da estrutura negocial ser determinada pela intenção de excluir ou diminuir o ônus fiscal<sup>14</sup>. A distinção entre negócio indireto e simulado é, portanto, a falsidade ou veracidade do negócio. Nos negócios indiretos, os atos realizados são verdadeiros, enquanto

<sup>13</sup>XAVIER, Alberto. Op. Cit. p.59.

<sup>14</sup>Ibidem, p.60

na simulação são falsos, tendo em vista a discrepância entre a vontade real e a declarada. No negócio indireto, não há divergência entre vontade real e declarada, mas entre a função típica do negócio e os fins almejados pelas partes, divergência esta perseguida efetivamente e não ocultada.

## **2. Legislação em vigor no ordenamento jurídico brasileiro destinada a delimitar o planejamento tributário das empresas**

Uma vez identificados e conceituados os institutos que permeiam o Planejamento Tributário, há que se adentrar na disputa travada entre autoridades fiscais e contribuintes acerca da validade de determinados planejamentos tributários, bem como, sua evolução na história recente.

### **2.1. Análise dos Limites impostos pelas Autoridades Administrativas ao Planejamento Tributário ao longo dos últimos anos**

O planejamento tributário nem sempre foi analisado sob os mesmos critérios pelas autoridades fiscais ao longo dos anos. Podemos observar algumas fases, as quais trouxeram, cada uma delas, diferentes limites à liberdade de realização do planejamento tributário. Isto, pois, ante o aumento da carga tributária, eles foram se tornando mais comuns, ao mesmo tempo em que as autoridades fiscais foram aperfeiçoando seus instrumentos de fiscalização.

Em uma fase inicial, se identificava a ampla liberdade do contribuinte de poder organizar seus negócios da maneira que bem entender. Nesta fase, importante apenas que fossem identificados os requisitos clássicos da elisão, como a anterioridade em relação ao fato gerador, realização de atos lícitos e sem simulação.

Neste modelo, a licitude dos atos decorre da vontade e do que está presente formalmente nos documentos. Analisava-se, portanto, a forma, sem entrar nas discussões do mérito das operações realizadas. Sendo a forma utilizada lícita, não se poderia questionar o planejamento tributário realizado, devendo o fisco aceitar o resultado, qualquer que seja.

Algumas decisões do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), segunda instância administrativa de recursos envolvendo tributos federais, bem refletem o pensamento defendido por esta fase de discussões:

IRPJ — SIMULAÇÃO NA INCORPORAÇÃO. — Para que se possa materializar, é indispensável que o ato praticado não pudesse ser realizado, fosse por vedação legal ou por qualquer outra razão. Se não existia impedimento para a realização da incorporação tal como realizada e o ato praticado não é de natureza diversa daquela que de fato aparenta, não há como qualificar-se a operação de simulada. Os objetivos visados com a prática do ato não interferem na qualificação do ato praticado. Portanto, se o ato praticado era lícito, as eventuais consequências contrárias ao fisco devem ser qualificadas como casos de elisão fiscal e não de “evasão ilícita.” (Ac. CSRF/01— 01.874/94).

IRPJ— INCORPORAÇÃO ATÍPICA— A incorporação de empresa superavitária por outra deficitária, embora atípica, não é vedada por lei, representando negócio jurídico indireto. Não há, na lei, qualquer restrição, quer a que sociedade controlada incorpore controladora, quer a que sociedade deficitária incorpore uma superavitária, quer a que uma sociedade incorpore outra com patrimônio líquido negativo. Sendo o evento motivado por legítimos desígnios de reorganização societária, e desde que respeitados os direitos da minoria, não há obstáculos à incorporação. E isso tanto é mais verdadeiro quando o evento envolve sociedades de um mesmo grupo empresarial, quando essas modalidades de incorporação, talvez insólitas, trazem vantagens para o grupo. (...) A jurisprudência deste Conselho tem se firmado no sentido de que, para que se possa caracterizar a simulação em atos jurídicos, é indispensável que os atos praticados não pudessem ser realizados, fosse por vedação legal ou por qualquer outra razão. (Processo n.º.: 16327.001715/2001-26, Sessão de 28 de fevereiro de 2003, Acórdão n.º.: 101-94.127)

Em um segundo momento da história, as autoridades fiscalizadoras passaram a avaliar outras situações de defeitos do negócio jurídico, além da simulação. Se a primeira fase do debate estava preocupada em somente justificar a existência do direito do contribuinte de realizar o planejamento tributário, a segunda fase passa a se preocupar com os limites do exercício deste direito e quais as consequências a serem aplicadas no caso destes limites serem ultrapassados.

Assim, a segunda fase do debate sobre planejamento tributário se inicia com a ampliação dos limites ao planejamento tributário, ao se considerar outras figuras como o abuso de direito e a fraude à lei como elementos que tornariam o planejamento tributário ilícito.

O abuso de direito encontra-se previsto no artigo 187 do Código Civil de 2002, nos seguintes termos: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao

exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

A figura do abuso de direito, segundo GRECO, serve para inibir práticas que, embora possam encontrar-se no âmbito da licitude, implicam no seu resultado, uma distorção no equilíbrio do relacionamento entre as partes, (i) seja pela utilização de um poder ou de um direito em finalidade diversa daquela para qual o ordenamento assegura sua existência, (ii) seja pela sua distorção funcional, por implicar inibir a ineficácia da lei incidente sobre as hipóteses sem uma razão suficiente que a justifique<sup>15</sup>.

Assim, a questão chave no que se refere ao abuso de direito é a motivação para a realização do negócio. Se tivermos diante de conduta desmotivada ou cujo motivo seja preponderantemente a exclusão da obrigação tributária, fica configurado o abuso de direito e a conduta poderá ser desqualificada pelo fisco.

Em outras palavras, o abuso de direito ocorrerá quando o contribuinte, ao exercer o seu direito de liberdade negocial, realiza atos em desacordo com o fim econômico e social daquela operação, distorcendo sua função estabelecida em lei ou, ainda, no caso do negócio ser desprovido de motivo relevante que justifique a sua realização, tendo somente o fim de afastar o nascimento da obrigação tributária ou diminuir o montante de tributo a pagar.

O ordenamento brasileiro dá ao abuso de direito o caráter de ilicitude, tendo por consequência, portanto, a ilicitude dos atos de planejamento tributário e de seus efeitos perante o fisco, já que, conforme restou assentado, o planejamento só pode se apoiar em atos lícitos.

Contudo, a faculdade do fisco de desqualificar condutas do contribuinte sobre o pretexto de abuso de direito não é absoluta, pois a liberdade do contribuinte de se auto-organizar ainda existe e deve ser garantida. Assim, se o exercício desta liberdade está sendo fundamentado por motivos outros, que não exclusivamente a diminuição da carga tributária, não poderá o fisco desqualificar a validade dos atos praticados sob a alegação de abuso de direito.

Sobre o assunto, GRECO afirma que sempre que o exercício de auto-organização se apoiar em causas reais e não unicamente fiscais, a atividade do contribuinte será irrepreensível e contra ela o Fisco nada poderá objetar, devendo aceitar os efeitos jurídicos dos negócios realizados. No entanto, os negócios jurídicos que

<sup>15</sup>GRECO, Marco Aurélio. Op. Cit. p. 195.

não tiverem nenhuma causa real e predominante, a não ser conduzir a um menor imposto, terão sido realizados em desacordo com o perfil objetivo do negócio e, como tal, assumem um caráter abusivo.<sup>16</sup>

Em resumo, conclui-se que, se o negócio realizado teve por objetivo exclusivamente a redução da carga tributária, será ele considerado um abuso de direito. E, a acusação de abuso de direito poderá ser afastada se o contribuinte demonstrar a existência de um motivo extratributário, ou seja, por conta de um motivo não exclusivamente tributário, realizou atos dentro de um planejamento tributário buscando a alternativa que resultou numa menor carga tributária.

Além do abuso do direito, a segunda fase de discussão sobre o planejamento tributário também apontou para a importância da figura da fraude à lei, prevista no artigo 166, VI do Código Civil.<sup>17</sup>

Trata-se de figura que corresponde a uma conduta de buscar no ordenamento jurídico uma norma para enquadrar um determinado comportamento, com a finalidade de contornar a aplicação de outra norma imperativa. A fraude à lei se caracteriza, portanto, pela existência de uma norma de tributação indesejada pelo contribuinte (norma contornada) e por outra norma (norma de contorno), que o contribuinte utiliza para evitar a incidência da norma contornada.

Nos dizeres de Marco Aurélio Greco, na fraude à lei o contribuinte monta determinada estrutura negocial que se enquadre na norma de contorno para, desta forma, “driblar” a norma contornada. Com isto, pretende fazer com que a situação concreta seja regulada pela norma de contorno, com o que fica afastada a aplicação da norma de tributação (ou de tributação mais onerosa)<sup>18</sup>.

Importante observar que não há a realização de condutas ilícitas, nem violação à norma contornada. Não há a sua aplicação, mas ela não foi frontalmente violada. Tanto que, ao regular o instituto, o Código Civil prevê a fraude à lei como nulidade do negócio jurídico e não como ato ilícito. A figura da fraude à lei é, portanto, uma violação indireta à lei, ou uma violação ao ordenamento jurídico como um todo.

Por fim, uma última fase do debate sobre o planejamento tributário encontra sua essência no princípio da capacidade contributiva e da isonomia. Neste momento, o tributo é tido não mais como uma agressão ao particular, mas como

<sup>16</sup>Ibidem, p. 203.

<sup>17</sup>“Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: (...) VI – tiver por objetivo fraudar lei imperativa”

<sup>18</sup>GRECO, Marco Aurélio. Op. Cit. p. 241



uma fonte de recursos para custeio dos anseios e necessidades da população em geral, e, portanto, todos devem contribuir para a arrecadação tributária na medida de suas riquezas.

Deste modo, passa-se a uma fase de realismo, no qual se procura identificar o conteúdo, motivo e finalidade dos negócios jurídicos praticados pelo Contribuinte, nascendo um novo conceito chamado de “Propósito Negocial”, que diz respeito à necessidade de que todo negócio jurídico praticado com o objetivo de reduzir a carga tributária deve estar revestido de uma substância econômica que a justifique.

## 2.2. O Propósito Negocial

Apesar de inexistir expressamente no direito brasileiro a análise do fundamento econômico do planejamento tributário, o certo é que a jurisprudência do Conselho de Contribuintes passou a considerar indispensável o propósito negocial para a validade tributária de atos ou negócios jurídicos.

O propósito negocial é instituto importado do sistema jurídico norte-americano, denominado business purpose. A legislação brasileira não definiu o que é propósito negocial. Da análise dos acórdãos do já extinto Conselho de Contribuintes, identificou-se critérios utilizados pela Administração Tributária para determinar quais negócios jurídicos possuem propósito negocial, e quais não o possuem. São três as propriedades comumente analisadas para determinar a existência do business purpose:<sup>19</sup>

I. Houve um adequado intervalo entre as operações? É comum o entendimento pela não existência de outros motivos na operação além da economia tributária, por terem as operações ocorrido dentro de um intervalo de tempo inadequado. Cita-se, por exemplo, operações societárias que normalmente demoram meses para ocorrer e que em alguns casos foram realizadas em intervalo de horas ou dias.

II. As partes envolvidas eram independentes? Outra propriedade importante para definir a existência de propósito negocial é a autonomia e independência

<sup>19</sup>SCHOUERI, Luis Eduardo (Coord.). Planejamento Tributário e o “Propósito Negocial”. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 30-32.



das pessoas envolvidas, sejam elas pessoas naturais ou pessoas jurídicas. Muitos negócios jurídicos foram descaracterizados por terem sido realizados entre empresas de mesmo grupo ou familiares.

III. Existe coerência entre a operação e as atividades empresariais das partes envolvidas? Para a constatação da existência de propósito negocial, entende a Administração que o planejamento tributário deve estar intimamente relacionado com a atividade operacional das partes.

Deste modo, é de extrema importância que a estruturação do planejamento tributário esteja fundamentada em motivos como aumento de receita ou diminuição de custos e despesas; ganho de eficiência mercadológica ou entrada ou saída de mercados; reestruturação societária motivada por entrada ou saída de sócios ou sucessão hereditária; acesso a linhas de crédito financeiro ou modificações no perfil de dívidas; absorção de patrimônio tangível ou intangível, dentre outros. Quando há outras razões, além daquela de reduzir a tributação, o fisco não poderá desconsiderar a operação.

Além da motivação extratributária dos atos ou negócios jurídicos que resultaram na redução de tributos, importante ainda que se verifique um prazo razoável entre as operações efetivadas. A estruturação do planejamento tributário deve levar em conta um prazo razoável de transcurso entre a data das operações precedentes e a data da economia tributária. Grande parte dos planejamentos declarados atentatórios ou simulados teve como uma das principais justificativas para a sua desconsideração o pequeno tempo transcorrido entre as operações. Portanto, indispensável que este tempo esteja em consonância com as operações normais de mercado.

Do mesmo modo que se mostra indispensável à formalização dos argumentos por meio de laudos, pareceres, relatórios ou estudos, realizados por profissionais ou institutos de experiência reconhecida. Outro aspecto analisado é a relevância financeira do propósito negocial em relação ao montante economizado com a estruturação do planejamento tributário.

Assim, propósito negocial pode ser entendido como o conjunto de razões de caráter econômico, comercial, societário ou financeiro que justifique atos ou negócios jurídicos que tenham apenas por consequência a diminuição da tributação.

Consubstanciadas nestes novos conceitos, as autoridades fiscais passaram a

utilizar as regras do Código Civil Brasileiro para a análise da validade dos procedimentos de planejamento tributário, em especial os artigos 166, VI, 167 e 187 já mencionados.

### 2.3. A Norma Geral Antielisiva

Neste momento atual da relação fisco-contribuinte, se intensificaram os procedimentos de fiscalização que buscam afastar certos atos praticados pelos contribuintes com o objetivo exclusivo de redução da carga tributária, consubstanciados na razão de que a tributação deve atingir a todos aqueles que praticarem determinados atos inseridos no campo de incidência tributária, de forma isonômica, sendo o planejamento tributário, na maioria das circunstâncias, elemento capaz de conferir consequências desiguais aos que se encontram na mesma situação tributária, ferindo assim, o princípio da isonomia.

Neste cenário, nasceu no Brasil a chamada norma geral antielisiva (Lei Complementar nº 104/2001 - LC104/2001). Com o objetivo de delimitar de forma objetiva os procedimentos permitidos ou não à redução da carga tributária, ainda sem regulamentação, é objeto de intensas discussões entre fisco e contribuinte, tendo em vista que encontra limites em princípios constitucionais.

A LC 104/2001 alterou o Código Tributário Nacional, adicionando o parágrafo único ao artigo 116, o qual passou a ter a seguinte redação (grifou-se):

“Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I. tratando-se de situação de fato, desde o momento em que se verificarem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II. tratando-se da situação jurídica desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável. Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”.

Dessa forma é que se introduziu em nosso ordenamento jurídico a chamada

norma antielisiva, a qual faz referência expressa que os procedimentos para a desconsideração dos atos ou negócios jurídicos seriam estabelecidos em lei ordinária. Segundo se extrai da mencionada norma, é permitido ao fisco desconsiderar atos praticados pelo contribuinte quando “praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo”.

Importante destacar a justificativa contida no projeto de Lei Complementar nº 77/99 que deu origem à LC 104/2001: “A inclusão do parágrafo único do artigo 116 faz-se necessária para estabelecer, no âmbito da legislação brasileira, norma que permita à autoridade tributária desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com finalidade de elisão, constituindo-se, dessa forma, em instrumento eficaz para o combate aos procedimentos de planejamento tributário praticados com abuso de forma ou de direito”.

O que a Norma Antielisiva contida busca combater são os negócios elisivos atentatórios, ou seja, aqueles que utilizam uma estrutura jurídica aparente para disfarçar o real objetivo da operação, qual seja, unicamente, a redução do custo tributário. Não há qualquer finalidade empresarial ou negocial a não ser deixar de pagar o tributo ou pagá-lo em um montante menor.

Entretanto, a constitucionalidade do parágrafo único do artigo 116 está sendo discutida em sede da ADI nº 2446, em trâmite perante o STF e ainda sem julgamento. A doutrina é uníssona neste mesmo sentido.

Alberto Xavier é um dos defensores de que uma norma geral antielisiva em tais moldes não seria possível no ordenamento jurídico brasileiro, por diversas razões. As principais seriam a ofensa ao direito à propriedade e à liberdade econômica, constitucionalmente previstas, vez que não permitiria ao indivíduo dispor de seus negócios da maneira que mais lhes convierem. Tais princípios são a base de outros como o da legalidade estrita.

Todos estes princípios, segundo Xavier, devem ser considerados cláusulas pétreas da Constituição, tendo em vista se referirem aos direitos fundamentais dos contribuintes e, por este motivo, só poderiam sofrer eventuais limitações pelo próprio texto constitucional. Além disso, a cláusula geral antielisiva traria ao ordenamento uma possibilidade de tributação por analogia, não permitida pelo artigo 108, §1º do CTN. Por fim, norma desta natureza estaria ferindo princípio como da certeza e segurança jurídica.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup>XAVIER, Alberto. Op. Cit. p.157.

Sobre a natureza e alcance do parágrafo único do artigo 116, Marco Aurélio Greco afirma que o pressuposto de fato para aplicação do art. 116 é a ocorrência de atos e negócios praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo. Para a ocorrência de tal pressuposto, no entanto, faz-se necessário: I) existir definição legal do fato gerador e II) que o fato gerador ocorra, embora dissimuladamente.<sup>21</sup>

Segundo, Greco, esta interpretação do parágrafo único do artigo 116 do CTN prestigia os princípios da legalidade e tipicidade e não permite a aplicação analógica da lei, mas somente que seja “afastada a “máscara” (a dissimulação) para permitir atingir o fato gerador que tenha efetivamente ocorrido”<sup>22</sup>. Ou seja, se não ocorreu o fato gerador, mesmo dissimulado por outro fato, não se aplica a norma insculpida no artigo 116 do CTN. Nesta interpretação, cumpre ao fisco o ônus de uma dupla prova: da efetiva ocorrência do fato gerador e que a finalidade do ato ou negócio jurídico foi dissimulá-lo.

Segundo Sacha Calmon Navarro Coelho a Lei Complementar nº 104/01 nesta parte é inconstitucional. É oportuno notar que o Relator da matéria no Congresso Nacional faz questão de inserir no texto originário a frase “observados os procedimentos previstos em lei”, para contornar os artigos 5º, II e 150, I e II. Ocorre que a exigência da Constituição não é apenas formal, mas material. Nem mesmo a lei pode permitir ao Estado-Administração achar fato gerador por “interpretação analógica”. O fato gerador deve estar exhaustivamente previsto em lei (tipicidade). Assim também a equiparação de efeitos fiscais entre institutos e formas de Direito Privado.<sup>23</sup>

Em 30 de agosto de 2002, foi publicada a Medida Provisória nº 66, denominada de minirreforma tributária, com o intuito de regulamentar os procedimentos relativos à norma geral antielisão, em seus artigos 13 a 19, verbis:

“Art. 13. Os atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência de fato gerador de tributo ou a natureza dos elementos constitutivos de obrigação tributária serão desconsiderados, para fins tri-

<sup>21</sup>GRECO, Marco Aurélio. Op. Cit. p. 458.

<sup>22</sup>Ibidem, p. 459

<sup>23</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro. O Planejamento Tributário e a Lei Complementar 104. São Paulo: Dialética, 2001. p. 304.

butários, pela autoridade administrativa competente, observados os procedimentos estabelecidos nos arts. 14 a 19 subsequentes.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não inclui atos e negócios jurídicos em que se verificar a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Art. 14. São passíveis de desconconsideração os atos ou negócios jurídicos que visem a reduzir o valor de tributo, a evitar ou a postergar o seu pagamento ou a ocultar os verdadeiros aspectos do fato gerador ou a real natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

§ 1º Para a desconconsideração de ato ou negócio jurídico dever-se-á levar em conta, entre outras, a ocorrência de:

I - falta de propósito negocial; ou

II - abuso de forma.

§ 2º Considera-se indicativo de falta de propósito negocial a opção pela forma mais complexa ou mais onerosa, para os envolvidos, entre duas ou mais formas para a prática de determinado ato.

§ 3º Para o efeito do disposto no inciso II do § 1º, considera-se abuso de forma jurídica a prática de ato ou negócio jurídico indireto que produza o mesmo resultado econômico do ato ou negócio jurídico dissimulado.

Art. 15. A desconconsideração será efetuada após a instauração de procedimento de fiscalização, mediante ato da autoridade administrativa que tenha determinado a instauração desse procedimento.”

Estes artigos, não convertidos em lei, introduziam inovações não permitidas. O artigo 14 dispunha que são passíveis de desconconsideração os atos ou negócios jurídicos que visem a reduzir o valor do tributo, a evitar ou a postergar o seu pagamento ou a ocultar os verdadeiros aspectos do fato gerador ou a real natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária. Para a desconconsideração de ato ou negócio jurídico dever-se-á levar em conta, entre outras, a ocorrência de: I - falta de propósito negocial; ou II - abuso de forma.

Este mesmo artigo considerava como indicativo de falta de propósito negocial a opção pela forma mais complexa ou mais onerosa, para os envolvidos, entre duas ou mais formas para a prática de determinado ato. Considerava abuso de forma jurídica a prática de ato ou negócio jurídico indireto que produza o mesmo resultado econômico do ato ou negócio jurídico dissimulado.

O parágrafo único do art. 116 do CTN só permite desconconsiderar os atos ou

negócios jurídicos praticados com dissimulação, ou seja, casos de evasão fiscal, mas o art. 14 da MP nº 66, de 2002, procurou estender a desconsideração para os atos ou negócios jurídicos praticados pela forma mais complexa ou de forma indireta que são casos de elisão fiscal. A lei ordinária, contrariando a Constituição Federal, procurou modificar a lei complementar.

A aplicação do art. 14 da MP nº 66, de 2002, seria feita exclusivamente pelos critérios e avaliações subjetivas de cada agente fiscalizador para desconsideração de atos e negócios jurídicos, principalmente os efetuados de forma indireta, colocando em risco a segurança jurídica dos contribuintes brasileiros.

Como afirmado anteriormente, não houve a conversão dos artigos da MP 66/2002 que tratavam da Norma Geral Antielisão, mas é indispensável considerar a vigência de uma Norma Potencial nesta seara (Parágrafo Único do Art. 116, do CTN), principalmente das recentes decisões do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais que de maneira reflexa a tem aplicado.

A partir da rejeição dos dispositivos da Medida Provisória nº 66/02, criou-se um vácuo normativo que trouxe insegurança para a aplicação administrativa e sua respectiva fiscalização sobre procedimentos tributários meramente formais e não negocialmente justificáveis.

Hoje a doutrina começa a ver o fenômeno da elisão por outro prisma. O contribuinte tem o direito de planejar os seus negócios e organizar a sua empresa da forma que melhor lhe aprouver e que lhe provoque os menores ônus fiscais. Não pode, entretanto, abusar do formalismo jurídico e criar figuras negociais com o único objetivo de pagar menos imposto. Se assim proceder a Fazenda fica autorizada a requalificar o ato e a exigir o imposto devido.

### **3. Coletânea de julgados administrativos e judiciais em relação à aplicação do propósito negocial como elemento essencial do planejamento tributário das empresas**

Ante a delicadeza do tema e à linha tênue que divide a elisão da evasão fiscal, tem sido cada vez comum os debates entre fisco e contribuinte no intuito de defender, e por outro lado, revidar, a possibilidade da adoção de determinadas práticas pelos contribuintes, conforme adiante se demonstrará.

### 3.1. Julgados Administrativos e suas considerações

Desde a introdução do parágrafo único ao artigo 116 do Código Tributário Nacional, em 2001, intensificou-se a discussão sobre a legitimidade do planejamento tributário, enquanto técnica de redução do ônus tributário. De um lado, as autoridades tributárias entendem que somente os procedimentos expressamente previstos em lei são legítimos para fundamentar a economia de tributos. Em lado antagônico há aqueles que afirmam que o limite do planejamento tributário está justamente na lei: é permitido o que está previsto legalmente e aquilo que não está vedado expressamente.

Os debates ganharam ainda mais importância na medida em que a fiscalização da Receita Federal passou a aplicar a desconsideração de atos e fatos jurídicos realizados com o intuito único de economizar tributos, fundamentando seus autos de infração na simulação, abuso de direito ou de forma e negócio jurídico indireto. A adoção reiterada de estruturas de planejamentos tributários por inúmeras empresas e grupos econômicos, os denominados “planejamentos de prateleira”, passaram a ser combatidos de modo mais intenso pelo fisco, tanto o federal como o de alguns estados.

Os recentes acórdãos do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais demonstram que as decisões nos processos que envolvem a possível existência de planejamentos tributários estão sendo pautadas pela teoria do propósito negocial. Segundo o órgão, os fins alcançados, no caso, a redução da carga tributária, devem ter seus meios justificados em fundamento extratributário, não sendo suficientes que os atos praticados tenham fundamento em atos lícitos e previstos no ordenamento jurídico. Em especial, a simulação tem sido alvo de descaracterização e aplicação de penalidades, e a busca pelo propósito negocial elemento cada vez mais comum, consoante se extrai nos acórdãos a seguir colacionados.

1. Acórdão 101-95537. Recurso nº 145171. Câmara: PRIMEIRA CÂMARA. Numero Processo: 11065.001589/2004-67. Data da Sessão: 24/05/2006.

Ementa: SIMULAÇÃO. Caracterizada a simulação, os atos praticados com o objetivo de reduzir artificialmente os tributos não são oponíveis ao fisco, que pode desconsiderá-los. OPERAÇÃO ÁGIO - SUBSCRIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO COM ÁGIO E SUBSEQÜENTE CISÃO - VERDADEIRA ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO. Se os atos formalmente praticados, analisados pelo seu todo, demonstram não



terem as partes outro objetivo que não se livrar de uma tributação específica, e seus substratos estão alheios às finalidades dos institutos utilizados ou não correspondem a uma verdadeira vivência dos riscos envolvidos no negócio escolhido, tais atos não são oponíveis ao fisco, devendo merecer o tratamento tributário que o verdadeiro ato dissimulado produz. Subscrição de participação com ágio, seguida de imediata cisão e entrega dos valores monetários referentes ao ágio, traduz verdadeira alienação de participação societária. PENALIDADE QUALIFICADA - INOCORRÊNCIA DE VERDADEIRO INTUITO DE FRAUDE - ERRO DE PROIBIÇÃO - ARTIGO 112 DO CTN - SIMULAÇÃO RELATIVA - FRAUDE À LEI - Independentemente da patologia presente no negócio jurídico analisado em um planejamento tributário, se simulação relativa ou fraude à lei, a existência de conflitantes e respeitáveis correntes doutrinárias, bem como de precedentes jurisprudências contrários à nova interpretação dos fatos pelo seu verdadeiro conteúdo, e não pelo aspecto meramente formal, implica em escusável desconhecimento da ilicitude do conjunto de atos praticados, ocorrendo na espécie o erro de proibição. Pelo mesmo motivo, bem como por ter o contribuinte registrado todos os atos formais em sua escrituração, cumprindo todas as obrigações acessórias cabíveis, inclusive a entrega de declarações quando da cisão, e assim permitindo ao fisco plena possibilidade de fiscalização e qualificação dos fatos, aplicáveis as determinações do artigo 112 do CTN. Fraude à lei não se confunde com fraude criminal. Recurso não provido.

2. Acórdão 101-96087. Recurso nº 145921. Câmara: PRIMEIRA CÂMARA. Número do Processo: 10940.002633/2004-28. Data da Sessão: 29/03/2007.

Ementa: DECADÊNCIA - SIMULAÇÃO - Nos casos em que comprovada a simulação relativa, correta a aplicação da penalidade qualificada. A contagem do prazo decadencial se dá no primeiro dia útil do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido realizado. Não mais se antecipa a contagem para a data da entrega da declaração, tendo em vista que a mesma constitui-se mero cumprimento de obrigação acessória, não se tratando, portanto, de medida indispensável ao lançamento.

OPERAÇÃO ÁGIO - SIMULAÇÃO RELATIVA - As operações estruturadas, realizadas em prazo ínfimo, de aporte de capital com ágio, capitalização e alienação, constituem-se em simulação relativa, cujo ato verdadeiro dissimulado foi a alienação das ações. Seu único propósito foi evitar a incidência de ganho de capital. MULTA ISOLADA - A falta de recolhimento de antecipações

impõe a exigência de multa isolada. Em face da retroatividade benigna, fica reduzido o percentual para 50%. Arguição de decadência rejeitada. Recurso voluntário parcialmente provido.

Mais recentemente, outras decisões seguiram esta mesma linha de entendimentos, sedimentando a jurisprudência administrativa a respeito. Com isto, se fortalece entre os contribuintes e operadores do direito tributário a importância deste momento histórico, no qual, o cuidado com o conteúdo das operações a serem realizadas devem se revestir de verdadeira essência econômica, de modo a implementar planejamentos sustentáveis, sem prejuízos de natureza financeira e até mesmo criminal para empresários e administradores.

### **3.2. Julgados Judiciais e suas considerações**

Diferente do que ocorre na esfera administrativa, os casos de planejamento tributário ainda não foram analisados amplamente pelos tribunais sob a ótica da necessidade de existência do propósito negocial. Ainda é escassa a jurisprudência neste sentido, especialmente devido ao fato que também é recente o posicionamento desfavorável na esfera administrativa e ainda, tendo em vista que para estes casos as discussões são travadas inicialmente pela via administrativa.

Ainda que não tão recente, mas sem dúvida uma notícia que chamou muito a atenção dos especialistas da matéria nos últimos anos, foi uma decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no ano de 2010, que analisou um caso típico de planejamento tributário conhecido como “incorporação às avessas” (quando uma empresa deficitária incorpora uma empresa superavitária). Nesta oportunidade o tribunal entendeu por “não conhecer” do recurso especial apresentado pelo contribuinte. Contudo, de extrema importância destacar que esse “não conhecimento” significa que não houve discussão acerca do mérito, mas tão somente do cabimento do recurso. Isto ocorreu tendo em vista que ao STJ não é permitido rediscutir provas já firmadas nos autos, cabendo apenas decidir sobre a correta aplicação do direito aos fatos que, necessariamente, precisam estar constituídos pelas provas produzidas nas instâncias inferiores.

No Recurso Especial de nº 946.707 o ministro relator Herman Benjamin declarou em seu voto que “para chegar à conclusão de que houve simulação, o TRF apreciou cuidadosa e aprofundadamente os balanços e demonstrativos de Supre-

mo e Suprarroz e concluiu que a operação é simulada”. Para o ministro, rever esse entendimento exigiria a análise de fatos já apreciados pelo TRF, o que não seria possível segundo a Súmula 07 do STJ, que não admite a reapreciação de provas.

Com esta decisão, ficou mantida a decisão do TRF da 4ª região, proferida em 01/11/2006, na Apelação Cível nº 2004.71.10.003965-9, no sentido de que a operação se tratava de evasão fiscal, segundo acórdão assim ementado:

INCORPORAÇÃO. AUTUAÇÃO. ELISÃO E EVASÃO FISCAL. LIMITES. SIMULAÇÃO. EXIGIBILIDADE DO DÉBITO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.

1. Dá-se a elisão fiscal quando, por meios lícitos e diretos o contribuinte planeja evitar ou minimizar a tributação. Esse planejamento se fundamenta na liberdade que possui de gerir suas atividades e seus negócios em busca da menor onerosidade tributária possível, dentro da zona de licitude que o ordenamento jurídico lhe assegura. 2. Tal liberdade é possível apenas anteriormente à ocorrência do fato gerador, pois, uma vez ocorrido este, surge a obrigação tributária. 3. A elisão tributária, todavia, não se confunde com a evasão fiscal, na qual o contribuinte utiliza meios ilícitos para reduzir a carga tributária após a ocorrência do fato gerador. 4. Admite-se a elisão fiscal quando não houver simulação do contribuinte. Contudo, quando o contribuinte lança mão de meios indiretos para tanto, há simulação. 5. Economicamente inviável a operação de incorporação procedida (da superavitária pela deficitária), é legal a autuação. 6. Tanto em razão social, como em estabelecimento, em funcionários e em conselho de administração, a situação final - após a incorporação - manteve as condições e a organização anterior da incorporada, restando demonstrado claramente que, de fato, esta “absorveu” a deficitária, e não o contrário, tendo-se formalizado o inverso apenas a fim de serem aproveitados os prejuízos fiscais da empresa deficitária, que não poderiam ter sido considerados caso tivesse sido ela a incorporada, e não a incorporadora, restando evidenciada, portanto, a simulação. 7. Não há fraude no caso: a incorporação não se deu mediante fraude ao fisco, já que na operação não se pretendeu enganar, ocultar, iludir, dificultando - ou mesmo tornando impossível - a atuação fiscal, já que houve ampla publicidade dos atos, inclusive com registro nos órgãos competentes. 8. Inviável economicamente a operação de incorporação procedida, tendo em vista que a aludida incorporadora existia apenas juridicamente,

mas não mais economicamente, tendo servido apenas de “fachada” para a operação, a fim de serem aproveitados seus prejuízos fiscais - cujo aproveitamento a lei expressamente vedava. 9. Uma vez reconhecida a simulação deve o juiz fazer prevalecer as consequências do ato simulado - no caso, a incorporação da superavitária pela deficitária, consequentemente incidindo o tributo na forma do regulamento - não havendo falar em inexigibilidade do crédito fiscal. 10. Esta Turma tem-se orientado no sentido de estabelecer a condenação em verba honorária no patamar de 10% sobre o valor atribuído à causa, atualizado, salvo hipótese em que tal valor afigure-se exorbitante ou ínfimo, o que não ocorre no caso em tela. 11. Inexistindo omissão, contradição e nem obscuridade no julgado, é indevida a utilização dos declaratórios, que configuram-se, portanto, protelatórios, ensejando a fixação de multa no percentual de 1% sobre o valor atribuído à causa, nos termos dos artigos 18 e 538 do CPC.

## Considerações Finais

Assim como a tributação, a ideia de planejamento tributário igualmente sofreu modificações no ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com o contexto histórico, político, social e econômico no qual se inseriu. Conforme vimos, os primórdios do debate sobre o planejamento tributário se concentravam na liberdade total dos indivíduos de organizarem suas atividades da maneira que bem entendessem no sentido de evitar ou diminuir a tributação, proibindo-se somente o emprego de meios ilícitos ou de simulação. Com o passar do tempo, o debate se modificou no sentido de não aceitar como planejamento tributário, casos que envolvam o emprego de fraude à lei, abuso de direito, simulação ou sem um “propósito negocial”. Uma terceira fase do debate tem como principal enfoque o princípio da capacidade contributiva como critério para a averiguação da existência de obrigação tributária. Assim, ocorrendo a manifestação da capacidade contributiva, independentemente do perfil do negócio realizado, haveria o dever de pagar o tributo devido.

Ocorre que nem todos os atos praticados com o fim de fugir do recolhimento do tributo aos cofres públicos podem ser considerados como planejamento tributário. Assim, para delimitarmos o campo de estudo sobre o planejamento tributário, necessário se faz distingui-lo de figuras jurídicas afins que, tendo igualmente como consequência uma exclusão e/ou redução da carga tributária, podem com ele se confundir.

O correto planejamento tributário é aquele efetuado de maneira personalizada para a empresa ou grupo empresarial, levando-se em conta as peculiaridades de seu ramo de atividades, da sua estrutura societária e patrimonial, e, sobretudo das suas características de custos, despesas e receitas. Os planejamentos tributários que têm sido desconsiderados pelo fisco são justamente aqueles em que falta propósito negocial, ou seja, naquelas situações em que o único intuito é o de economizar tributos.

Neste contexto, aos especialistas que se dedicam aos estudos das hipóteses capazes de proporcionar menores ônus tributários às suas operações, vale destacar que, a criação de estruturas alternativas às normais ou usuais à sua estrutura, ou utilização de métodos ou quaisquer outros tipos de contratos e operações, deve sempre levar em consideração a crescente necessidade de estarem revestidas de uma substância econômica que permitam a identificação de objetivos que extrapolem o objetivo da redução da carga tributária.

Isto posto, embora tais considerações sejam alvo de discussões entre fisco e contribuinte, relacionados a princípios constitucionais como liberdade de iniciativa e livre concorrência, em contraposição ao poder-dever da administração pública de identificar as hipóteses de incidência do fato gerador da obrigação tributária, que por sua vez, concretiza-se com o lançamento e cobrança do tributo, necessários ao desenvolvimento das atividades do Estado, a linha tênue que divide esta possível contraposição de direitos, está, hodiernamente, amparada não somente pelos limites legais, mas, como também, na análise do contexto em que se insere cada uma das situações concretas que possam estabelecer uma relação nexo-causal entre redução do custo tributário e propósito negocial.

## Referências

BORGES, Humberto Bonavides. **Planejamento Tributário**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **O Planejamento Tributário e a Lei Complementar 104**. São Paulo: Dialética, 2001.

DERZI, Misabel Abreu Machado; COELHO, Sacha Calmon Navarro; THEODORO Jr, Humberto. **Direito Tributário Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. **Elisão e Evasão Fiscal**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1977.

GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário**. São Paulo: Dialética, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. **A norma antielisão e o princípio da legalidade** - Análise crítica do parágrafo único do art. 116 do CTN. O planejamento tributário e a Lei complementar 104. São Paulo: Dialética. 2001, p.115.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito tributário**, 31. ed., São Paulo: Malheiros, 2010.  
MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Vol.I Parte Geral. 44. ed., São Paulo: Saraiva, 2012. p. 89.

SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). **Planejamento Tributário e o “Propósito Negocial”**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

TORRES, Heleno. **Limites ao Planejamento Tributário** - Normas Antielusivas (Gerais Preventivas). In: MARINS, James (Coord.). **Tributação e Antielisão**: São Paulo: Juruá, 2002.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

XAVIER, Alberto. **Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva**. São Paulo, Dialética, 2001.

Artigo recebido em: 1.03.2014

Revisado em: 15.03.2014

Aprovado em: 10.04.2014

# **ARBITRAGEM COMO FORMA DE DAR SUSTENTABILIDADE NAS RELAÇÕES NEGOCIAIS INTERNACIONAIS POR SER MECANISMO ECONÔMICO E CÉLERE DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS**

## ***ARBITRATION AS A WAY OF SUSTAINABILITY IN INTERNATIONAL BUSINESS RELATIONS THUS MECHANISM FOR NEGOTIATING AND QUICK CONFLICT RESOLUTION***

**Larissa De Freitas Monteiro<sup>1</sup>**

Especialista em Direito Corporativo

Centro de Desenvolvimento de Pessoas - Recife (PE) - Brasil

**RESUMO:** O presente trabalho tem a intenção de fazer uma breve explanação acerca da relevância da arbitragem como um dos instrumentos de sustentabilidade nas relações negociais por se tratar de uma forma econômica e célere de resolução de conflitos comerciais internacionais. A abordagem procura investigar questões importantes referentes à ordem pública, aos pressupostos de validade, aos princípios norteadores e à sentença arbitral. Buscou-se, ainda, fazer ponderações acerca da cláusula compromissória e do compromisso arbitral, das vantagens da arbitragem, da escolha dos árbitros, das partes e das matérias passíveis de arbitrabilidade. A pesquisa ensejou algumas considerações concernentes à praxis da arbitragem na seara internacional, à Organização Mundial do Comércio e ao Sistema de Resolução de Controvérsias que lhe é porção. Por derradeiro, propõem-se a dissecar o caso Bombardier versus Embraer: o motivo que lhe deu causa e a utilização do procedimento arbitral como meio de resolução de conflitos, mesmo antes da decisão do caso pelo corpo jurídico do Órgão de Resolução de Controvérsias da OMC. A metodologia empregada é essencialmente teórica, com enfoque na revisão bibliográfica.

---

<sup>1</sup>Graduada em Direito e Pós Graduada em Direito Cooperativo pelo LLM do Centro de Desenvolvimento de Pessoas - CDP - em parceria com o Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais - IBMEC - realizado nas dependências da primeira parceira, em Recife, em Pernambuco. O artigo insere-se na Linha Editorial da Revista: Sociedade, Empresa e Sustentabilidade. Advogada. E-mail: larissadefreitasmonteiro@hotmail.com



**PALAVRAS-CHAVE:** arbitragem; conflitos; práxis internacional; Organização Mundial do Comércio.

**ABSTRACT:** This paper intends to give a brief explanation about the importance of arbitration as an instrument of sustainability in international business relationships because it is an economical and quick way of solving disputes. The general aims seeks to investigate important issues relating to public policy, the assumptions of validity, the guiding principles and award. We sought to also do weights on the arbitration clause and the arbitration agreement, the advantages of arbitration, choice of arbitrators, the parties and the subject matter of arbitrability. Search this led some considerations concerning the practice of international arbitration at harvest, the World Trade Organization and the Dispute Resolution System which is her portion. For the last, propose a study about the Bombardier versus Embraer case and the reason the use of the arbitration procedure as a means of conflict resolution, even before the decision of the case by the Dispute Settlement Body of the WTO legal body. The methodology is essentially theoretical, focusing on literature review.

**KEYWORDS:** arbitration; conflicts; international practice; World Trade Organization.

## Introdução

A arbitragem é instrumento que exclui a participação do Poder Judiciário, e privilegia a autonomia da vontade das partes que a utilizam como meio de dissolução de contendas. É necessário destacar que tais conflitos devem corresponder a direitos disponíveis pelos particulares, de cunho patrimonial, que não atentem contra a ordem pública e que admitam transação. Para preferir a arbitragem, deverão as partes possuir capacidade de contratar e transacionar.

No direito brasileiro, a nova Lei de Arbitragem nº. 9307, de 23 de setembro de 1996, trouxe em seu bojo novas tendências, posto que foram emancipados os anseios das partes, proporcionando os meios adequados para a instalação do procedimento arbitral, sem os embaraços constantes na legislação que até então vigorava a respeito da matéria.

Noutro passo, sob uma perspectiva temporal, a arbitragem comercial é instituição secular. Desde a Idade Média é usada para dirimir controvérsias entre comerciantes. Mister observar que na seara da arbitragem comercial internacional, o ponto de estabilidade entre liberdade individual e autonomia da vontade das partes é o respeito aos interesses comuns, variável esta que se modifica consoante os costumes e preceitos reinantes em cada comunidade.

Diante disso, com a adoção de usos e costumes que permitiram o desenvolvimento da *lex mercatória hodierna*, cuja finalidade maior é a instauração de um sistema legal de comércio com abrangência internacional, foi visado não só o respeito às liberdades individuais dos partícipes da ferramenta arbitral, como, sobretudo, o alcance do bem comum, através de decisões mais equânimes e justas possíveis.

Nesse sentido, atua a Organização Mundial do Comércio (OMC), a qual possui como desideratos a prossecução de escopos internacionais, como que, a administração dos acordos comerciais formadores do bojo normativo do organismo; servir de fórum para eventuais discussões concernentes à seara comercial internacional; dirimir conflitos vinculados às relações comerciais; inspecionar as políticas de comércio exterior adotadas pelos Estados-Membros; incentivar relações de colaboração com outras organizações internacionais.

Interessa observar que, quando da sua atuação no que respeita à supressão de contendas comerciais internacionais, a OMC permite que as partes em pleito utilizem-se da arbitragem.

Observe-se que o mecanismo de solução de controvérsias da OMC não deve ser considerado como procedimento arbitral de *per se*. Existe a possibilidade, entretanto, de, a qualquer tempo, suspender o procedimento de resolução de controvérsias, conquanto as partes hajam concordado acerca de uma decisão satisfatória, por intermédio do procedimento arbitral, vez que a OMC possui como um de seus intentos a conciliação dos interesses das partes. Cuida-se, aqui, do tema arbitragem, em se tratando da solução do caso Embraer versus Bombardier, vez que, em meio a um intenso desgaste das relações diplomáticas, abrandou os ânimos entre as partes, mesmo antes de decidido o caso pelo corpo jurídico do Órgão de Resolução de Controvérsias da OMC.

A metodologia empregada é teórica e com a abordagem na revisão bibliográfica.

## 1 Negociação Internacional

### 1.1 Conceitos gerais

Regra geral, a negociação é um processo pelo qual se intenta convencer a parte de quem se almeja alguma coisa a lograr resultados positivos para ambos os lados. É de extrema importância que em uma negociação sejam enfocados os mais inúmeros pontos de vista possíveis, para que, então, seja atingido um resultado abrangente e equânime.

O processo de negociação, por conseguinte, envolve um pouco de complexidade, vez que abarca bastantes aspectos, como valores culturais; comunicação; pessoas e, portanto, relações interpessoais, entre outros. Além disso, carrega algumas etapas principais, a saber: a elaboração dos pensamentos de forma clara e objetiva antes de transmiti-los; exprimir as ideias de maneira articulada, buscando o envolvimento e o interesse da outra parte acerca do que está sendo apresentado e, por fim, repetir e detalhar tudo aquilo que, porventura, tenha permanecido obscuro, tomando as devidas cautelas para evitar repetições desnecessárias e mantendo a atenção com o intuito de evitar desfechos indesejados e inadequados. É que, no processo de negociação, a utilização ambígua das palavras pode causar controvérsias. E, para almejar uma comunicação eficiente, importa eleger o que pode auxiliar o esclarecimento da parte adversa no que tange ao objeto e ao objetivo da negociação, de forma a beneficiar ambas as partes.

### 1.2 Negociação em diferentes culturas

A cultura é identidade; é o que caracteriza um povo, uma nação. Todas são, pois, peculiares distintas. Entretanto, a cultura não é estática: ela evolui ao longo do tempo em virtude de circunstâncias, as mais diversas possíveis, como intercâmbios econômicos, mudanças no sistema político-governamental, a globalização, entre outros tópicos.

Para um processo negocial eficaz, faz-se mister conhecer o que diferencia cada cultura e seus aspectos mais significativos, ou seja, os temas fundamentais sobre os quais se forma o esqueleto de uma negociação eficaz. Por exemplo, o modo de vestir-se e de portar-se, o conhecimento do idioma, como e quando de-

monstrar flexibilidade e confiança, o modo de abordar determinado assunto são pontos primordiais, os quais propiciam o alcance do senso comum, bem como a manutenção de um clima de cordialidade e harmonia entre os negociadores.

### **1.3 Do conflito**

Os conflitos são inerentes à natureza humana. Para sua ocorrência, basta a existência de diferentes grupos; a coexistência de interesses; a frustração de intenções. E, quando se busca resolvê-los de forma efetiva, importa identificar os pontos positivos de cada situação, observando-a sob uma nova perspectiva, quer dizer, sob o olhar da parte adversa.

Podem ser classificados, os conflitos, em autônomos ou em heterônomos. No primeiro caso, a decisão do conflito está nas mãos das partes, quer individual, quer conjuntamente. No segundo, por conseguinte, o titular do poder de decisão é um terceiro imparcial e desinteressado.

### **1.4 Das formas de resolução de conflitos**

Dentre as formas de dissolução de contendas, podemos citar a Autotutela, que se passa quando da imposição da vontade de uma das partes, sobrepujando os desejos do outro; a Autocomposição, que ocorre quando do sacrifício dos interesses próprios em virtude da garantia das intenções alheias; a Mediação, cujo objetivo maior é auxiliar as partes e conduzi-las a um objetivo comum, primando por um ambiente neutro, adequado ao acordo e, por fim, a Arbitragem, que será tema de maiores investigações no capítulo que segue.

## **2. Noções propedêuticas sobre a arbitragem**

### **2.1 Do conceito de arbitragem**

Para Raul Aníbal Etcheverry, a arbitragem nasce de uma convenção. A esta, consequentemente, se dá um procedimento que substitui a justiça estatal. O aparelho jurídico do Estado, por sua vez, deve dar a sustentação e o apoio necessários à execução das decisões proferidas pela Justiça Arbitral.

Por arbitragem, pois, entende-se como sendo o meio pelo qual pessoas, em-

presas e instituições podem utilizar-se para solucionar controvérsias, externamente ao Poder Judiciário. Ou ainda, o processo de dissolução de conflitos por intermédio de árbitros selecionados pelas partes, ou indicados, excluindo-se a participação do Poder Judiciário no que tange à resolução da dissidência.

Outrossim, é de bom alvitre destacar que a opção de pactuar pelo procedimento arbitral, pela escolha dos árbitros, bem como a forma pela qual serão elegidos, devem ser convencionadas entre as partes. Ainda, poderão recorrer a um Órgão Arbitral ou a uma Entidade Especializada, submetendo-se, pois, ao respectivo regulamento do ente preferido.

## 2.2 Das matérias que podem ser submetidas à arbitragem

De início, deve-se assentir sobre o fato de que a arbitragem trata de pretensões legítimas. Nesse sentido, Raul Aníbal Etcheverry, citando Remo F. Entelman,

la primera gran sorpresa de los que estudiaron el tema, fue tomar conciencia de qual a mayor parte de las disputas entre particulares no se dan entre una pretensión legítima y otra ilegítima. Ocurren en el enfrentamiento cotidiano entre alguien que pretende lo que, em el ordenamiento jurídico, no lê esta prohibido pretender y alguien que se lo niega, y al cual a su vez, le está prohibido denegar. O entre alguien que pretende alcanzar um objetivo que, pese a ser incompetible com el de su oponente, también lê está permitido pretender a este. Dos posiciones em el primer caso, dos pretensiones en el segundo, ambas opuestas, ambas legítimas.<sup>2</sup>

Regra geral, diz-se que as matérias suscetíveis de submissão à arbitragem são aquelas atinentes a direitos disponíveis pelos particulares, de cunho patrimonial, que não atentem contra a ordem pública e que admitam transação.

Sobre o tema, Clóvis Beviláqua reza que “transação é um ato jurídico, pelo qual as partes, fazendo-se concessões recíprocas, extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas. Pressupõe dúvida ou litígio a respeito da relação jurídica.”<sup>3</sup>

Pela transação, portanto, as partes interessadas, por harmônico ajuste, con-

<sup>2</sup>ETCHEVERRY, Raul Aníbal. In: Arbitragem Comercial Internacional. Adriana Noemi Pucci. coord. São Paulo: LTr, 1998. p. 45.

<sup>3</sup>BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. 11 ed. vol. IV. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo LTDA, 1958. p. 142.

cedem, reciprocamente, parte se seus direitos, com o escopo de evitar ou findar possíveis litígios, conforme se pode absorver da leitura do artigo 840, do Código Civil Brasileiro, como que, in verbis: “Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”.

### 2.3 Dos usuários da arbitragem

O termo arbitragem tem sentido amplo, na medida em que este sistema de solução de pendências seja capaz de abranger desde exíguos problemas pessoais até amplos conflitos empresariais ou estatais. Toda pessoa, empresa ou Estado Nacional, portanto, pode utilizar-se da arbitragem como forma de resolução de conflitos.

No que pertine, em específico, às pessoas que podem recorrer à arbitragem, deverão elas, em virtude do princípio da autonomia da vontade, decidir se seus litígios serão ou não regulados por essa instituição de justiça privada e, em seguida, formalizar tal deliberação mediante uma convenção, acordo ou contrato. Pode-se dizer, então, que dispõem de autoridade para preferir a arbitragem aquelas pessoas que tenham a capacidade de contratar. E, em se tratando de ser lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas, ou seja, por intermédio da transação, considera-se exigível também a aptidão para transigir.

A arbitragem é usada desde a Idade Média para dirimir contendas entre comerciantes, com adoção de usos e costumes que permitiram o desenvolvimento da lex mercatória atual, a qual tem por escopo a superação de normas comerciais nacionais e, por conseguinte, a instauração de uma lei comum de comércio internacional.

Com relação às pessoas de direito público, era pouco comum que os Estados Soberanos se submetessem à jurisdição um do outro, em virtude do princípio par *in parem non habet imperium*, ou seja, do princípio da igualdade entre os Estados Soberanos. Ulteriormente, passou-se a distinguir, na seara internacional, os atos praticados pelos Estados, como sendo *iure imperii* ou *iuri gestionis*. No primeiro caso, são ações oriundas da atuação soberana dos Estados; no segundo caso, por conseguinte, são atos provenientes de atividades comerciais executados pelos Estados. Na última hipótese, quando haja negociações entre Estados Nacionais, ou entre estes e pessoas físicas ou jurídicas internacionais de direito privado,

a solução arbitral das desavenças é de bom grado, por tornar possível resolver a contenda com mais neutralidade e justeza.

Por isso, a arbitragem é cada vez mais utilizada como método de resolução de conflitos entre pessoas físicas, corporações de abrangência global, bem como entre governos ou empresas estatais que tenham recepcionado a arbitragem sob os desígnios das Convenções Internacionais que versem sobre o tema.

## 2.4 Do árbitro

A dissolução de conflitos por intermédio da arbitragem não goza do benefício do controle Estatal. Ao contrário dos juízes togados, os árbitros serão eleitos pelas partes ou indicados em virtude da natureza do conflito e pela experiência que possuem, somente para dirimir determinado conflito.

Os árbitros, ao proferir suas decisões, podem utilizar-se do Direito Nacional e do Internacional, dos princípios gerais do direito, dos usos e costumes, das regras internacionais de comércio e das regras acordadas pelas partes.

Em virtude da sua não suscetibilidade de subordinação ao Poder Público, mas também da amplitude das matérias aptas a alicerçar suas decisões, alguns princípios devem ser atentados pelos árbitros, no exercício de sua função. Nesse diapasão, é necessário que os árbitros atuem com integridade, imparcialidade, independência e neutralidade.

Além disso, têm o dever de revelar qualquer condição que lhes impeça de exercer sua função com justeza. Devem, também, abster-se de comunicar com qualquer das partes unilateralmente, noticiando aos membros do órgão ao qual façam parte sobre toda e qualquer comunicação com as partes. Têm, ainda, a obrigação de despender forças para conduzir o procedimento eficaz e eficientemente, dentro dos parâmetros da ética e da razoabilidade, e num período de tempo aceitável e convinável para evitar dispêndios excessivos. Por fim, possuem o encargo da confidencialidade, ou seja, de manter o sigilo das informações que os levaram à resolução da contenda, exceto se isentos da obrigação pelas partes ou pela autoridade competente.

## 2.5 Das vantagens da arbitragem

A arbitragem é um meio de resolução de conflitos alternativo que exclui a



participação do Poder Judiciário no que tange à resolução da dissidência, e carga em seu bojo uma variedade de vantagens, como que: maior celeridade e, portanto, maior parcimônia com relação aos custos; mais amplitude e flexibilidade no que diz respeito à aceitação das provas; mais confiabilidade, visto que os árbitros se incumbem de atender a princípios e deveres com o escopo de elaborar decisões mais equânimes; mais especialização dos árbitros no que pertine à matéria objeto do litígio; possibilidade de eleição dos árbitros, da legislação a ser aplicada, e do território onde se deseja decompor o conflito, conferindo méritos ao princípio da autonomia da vontade das partes, dentre outros aspectos de grande valia e importância.

## 2.6 Da cláusula compromissória e do compromisso arbitral

A arbitragem consiste num expediente alternativo de resolução de controvérsias, por meio do qual as partes, em disputa alcançando direitos disponíveis, elegem um terceiro, o árbitro, chamado a resolvê-la, de forma vinculativa.

Com o intuito de eleger a arbitragem como forma de resolução de conflitos de natureza patrimonial, é de mister importância suscitar a respeito das formas de convenção de arbitragem, ou seja, da cláusula compromissória e do compromisso arbitral.

Segundo Carla Noura Teixeira,

A cláusula compromissória, cláusula arbitral ou pactum compromittendo, é a cláusula inserta em contratos dispondo que qualquer divergência surgida daquela avença será dirimida por arbitragem”, e o compromisso arbitral, por sua vez, seria o “ajuste celebrado entre contratantes para submissão de uma questão já identificada à decisão arbitral.<sup>4</sup>

A cláusula compromissória tem como efeito afastar o judiciário da resolução da controvérsia, através da fixação da sujeição da contenda ao juízo arbitral. É, como seu nome sugere, uma cláusula inserida no contrato principal com presunção de autonomia. Assim, é de admitir-se que ampara matéria e fim próprios, o

<sup>4</sup>TEIXEIRA, Carla Noura. Direito Internacional: público, privado e dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 136.

que a distingue do contrato principal. Ou seja, seu vigor permanecerá inteiro, ainda que o contrato de per se seja considerado inválido.

No que tange à natureza jurídica da cláusula compromissória, diz-se que se equipara a um contrato preliminar. É uma promessa de compromisso arbitral, com a intenção de afastar o poder público do conhecimento e da resolução dos conflitos que, porventura, venham a surgir. Tal apartamento só ocorre, efetivamente, por assim dizer, com a instituição do compromisso arbitral.

Adriana Noemi Pucci, no que respeita ao compromisso arbitral, anuncia o instituto como sendo “um instrumento pelo qual as partes, ainda que não tenham pactuado anteriormente (mediante cláusula compromissória) a submissão de suas pendências a árbitros, suscitado o conflito, decidem submeter o litígio à arbitragem.”<sup>5</sup>

O compromisso arbitral, quanto à sua formação, constitui-se após o surgimento do conflito de conveniências. Tem como escopo a demarcação da controvérsia, a qual será matéria de decisão arbitral e, como efeito, “a aceitação dos árbitros para formação do juízo arbitral e interrupção da prescrição”.<sup>6</sup>

A doutrina é controversa no que respeita à natureza jurídica do compromisso arbitral. Não se esclarece, ao certo, se é uma forma de extinção de obrigações, um negócio jurídico ou um contrato.

Mas a diferença residente entre o compromisso arbitral e a cláusula compromissória alude a uma questão temporal, na medida em que, quando da elaboração da cláusula compromissória, o conflito ainda não ocorreu e, ainda, não se sabe se haverá qualquer pendência a respeito da matéria contratada. No instante da formação do compromisso arbitral, por sua vez, as partes têm conhecimento dos dissídios que deverão ser submetidos à análise arbitral. Nesta oportunidade, serão definidas as circunstâncias em que será manobrada a arbitragem.

## 2.7 Da sentença arbitral

A decisão, sentença ou laudo arbitral equipara-se à sentença proferida pelos juízes togados. É através desse documento que as partes alcançam seus objetivos e contemplam seus compêndios dissolvidos.

<sup>5</sup>PUCCI, Adriana Noemi. Arbitragem comercial nos países do Mercosul: análise comparativa da legislação, jurisprudência e doutrina dos autores da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai relativas à arbitragem. São Paulo: LTr, 1997. p. 95.

<sup>6</sup>KROETZ, Tarcísio Araújo. Arbitragem: conceito e pressupostos de validade: de acordo com a lei 9307/96. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 137-138.

De proêmio, o laudo arbitral tem a mesma força da sentença proferida pelos juízes togados do Poder Judiciário. É de bom grado, todavia, salientar que, a depender do sistema normativo no qual o procedimento arbitral tenha sido realizado, deverá ser pormenorizado se há a necessidade de submeter a decisão arbitral a algum procedimento individualizado, mas também os requisitos de validade aos quais devem submeter-se tais declarações.

É indispensável que o conteúdo do laudo refira-se restritivamente à matéria motivo da desavença. Tal limitação funda-se no preceito da autonomia da vontade das partes, e implica no cerceamento do poder de deliberação dos árbitros, à matéria submetida à resolução. Qualquer julgamento a maior implicará na anulação do laudo, bem como de todo o procedimento.

Os laudos, ainda, devem ser fundamentados, abarcando sustentáculos de fato e de direito.

No direito brasileiro, por exemplo, a sentença arbitral só pode ser proferida por escrito, no prazo constante na lei, qual seja, de 180 dias, no máximo, ou dentro o prazo estipulado pelas partes, desde que acordem a respeito. Além disso, em se tratando de o litígio ter sido submetido a um órgão arbitral colegiado, deverá a decisão ser prolatada pela maioria dos árbitros e, aquele que estiver em desacordo, poderá redigir sua decisão apartada das demais.<sup>7</sup>

## 2.8 Dos pressupostos de validade da arbitragem

Tomando como premissa o direito brasileiro, a Lei de Arbitragem - Lei n. 9307, de 23 de setembro de 1996 - instituiu o procedimento arbitral, sem os embaraços constantes na legislação que até então vigorava a respeito da matéria.

Entretanto, para a validade, tanto do compromisso arbitral, quanto da cláusula compromissória, por extensão, é indispensável o cumprimento de requisitos imprescindíveis, como a qualificação das partes e dos árbitros, a descrição do objeto da arbitragem e o lugar onde será proferida a decisão arbitral, conforme disposto no artigo 10 da Lei de Arbitragem.

No que tange ao reconhecimento do compromisso arbitral, em específico, este pressupõe o preenchimento de aspectos como capacidade, objeto lícito e

<sup>7</sup>VIDE artigos 23 e 24, respectivamente, da Lei de Arbitragem, Lei n. 9307/96.

possível, consentimento e forma prescrita ou não defesa em lei, abarcados pelo artigo 82 do Código Civil Brasileiro.

## 2.9 Do princípio da autonomia da vontade

Este é, insofismavelmente, o princípio predominante na seara da arbitragem comercial internacional, pelo qual se depreende que o direito a ser aplicado na resolução da controvérsia será eleito pelas partes, vez que a estrutura basilar da arbitragem será sempre contratual.

Este arcabouço sinalagmático decorre diretamente do imperioso papel desempenhado pela arbitragem no âmbito do comércio mundial, já que, quando transpostas as fronteiras geográficas, a escolha da norma aplicável ao acordo comercial e aos possíveis conflitos referentes ao mesmo torna mais segura a relação negocial. É que a arbitragem, quando atuante no comércio internacional, tem a função precípua de evitar o cerceamento jurídico e político dos sistemas legais.

Entretanto, insta destacar que as regras de direito eleitas pelas partes devem-se enquadrar aos parâmetros da ética e da razoabilidade, e não poderão ofender os bons costumes e a ordem pública do ordenamento conexo à causa.

## 2.10 Ordem pública e arbitragem

A noção de ordem pública tem como pressuposto a ideia de liberdade individual e de limite à vontade das partes e ao julgamento do árbitro examinador da causa. É, de forma genérica, o ponto de equilíbrio de formações sociais organizadas e a expressão do conjunto de valores preponderantes em determinada sociedade; dos princípios e ideais formadores dos seus respectivos arcabouços ideológicos. Tais pressupostos são, pois, formadores de concepções que têm como escopo o respeito pela liberdade individual, mas também o alcance do bem comum.

No que pertine à arbitragem comercial internacional, o ponto de estabilidade entre liberdade individual e autonomia da vontade das partes é o respeito aos interesses comunitários, variável esta que se modifica consoante os costumes e preceitos reinantes em cada comunidade.

Todavia, o fato de os ordenamentos jurídicos serem distintos, não significa

que não haja pontos em comum entre eles. Pelo contrário. E, em bem da verdade, as convergências são queridas, posto que possuem a função de promover ainda mais eficácia ao arbitramento internacional, incentivando a coincidência de interesses e opiniões e, por conseguinte, a formação de um possível ordenamento jurídico transnacional. Ou seja, consolidando as percepções dos Estados Nacionais no que respeita ao tema e promovendo-lhes um caráter privilegiado e independente, transcendendo as barreiras dos sistemas jurídicos nacionais e estabelecendo princípios universais superiores.

Urge observar que, para a consagração de uma ordem pública transnacional é necessário um largo e voluntário consenso, no sentido de homogeneizar um ordenamento jurídico adequado para a resolução de contendas e atender as necessidades mais elevadas do cenário comercial internacional.

Nessa esteira, a arbitragem comercial internacional, por se tratar de instituto autônomo, torna-se o sítio adequado para a implementação desses valores desprendidos de idealismos jurídicos locais.

### 3. Arbitragem e a práxis internacional

#### 3.1 Sobre a Organização Mundial do Comércio

Em princípio, é de vital importância explicitar que, por Organismos Internacionais, entende-se como sendo:

Agrupamentos de sujeitos de direito internacional; criados, ordinariamente, por tratados; para a prossecução de determinaos fins internacionais relevantes; com duração mais ou menos longa; com órgãos próprios (distintos dos órgãos dos Estados); dotados de personalidade internacional; e com capacidade correspondente aos seus fins.<sup>8</sup>

Dentre os organismos internacionais que tratam da dissolução de compêndios por meio da arbitragem, deve-se destacar a OMC, ou Organização Mundial do Comércio, “criada pelo Acordo de Marrakesh, integrada aos instrumentos legais resultantes da Rodada do Uruguai”<sup>9</sup>, a qual ocorreu em 1994. Diferentemente

<sup>8</sup>TEIXEIRA, Carla Noura. Direito Internacional: público, privado e dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 41.

<sup>9</sup>MARTINS, Eliane Maria Octaviano. A sistemática de solução de controvérsias no âmbito da OMC. p.

2. Jus Navegandi, Teresina, ano 8, n. 261, 25 mar. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4977>. Acessado em: 16 de jan. 2008.

do GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*), que era somente um acordo internacional, a OMC configura um Organismo Internacional, e tem como escopo maior o desenvolvimento do comércio internacional. Outrossim, é órgão permanente e possui personalidade jurídica, ou seja, é um corpo institucionalizado.

A Organização Mundial do Comércio tem como principais objetivos a administração dos acordos comerciais formadores do bojo normativo do organismo; servir de fórum para eventuais discussões concernentes à seara comercial internacional; dirimir conflitos vinculados às relações comerciais; inspecionar as políticas de comércio exterior adotadas pelos Estados-Membros; incentivar relações de colaboração com outras organizações internacionais.

A estrutura jurisdicional da OMC, por sua vez, é composta por quatro anexos, quais sejam:

Anexo 1: Acordo Multilateral sobre Comércio de Mercadorias, o qual trata o comércio de bens e divide-se em três subgrupos, a saber:

-Anexo 1A: trata, em específico, do comércio de mercadorias.

-Anexo 1B: trata do comércio de serviços.

-Anexo 1C: trata dos direitos de propriedade intelectual pertinentes ao comércio internacional.

Anexo 2: Entendimento sobre Solução de Controvérsias (*Dispute Settlement Understanding*).

Anexo 3: Mecanismo de Revisão de Políticas Comerciais.

Anexo 4: Acordos Plurilaterais, composto por dois anexos, como que: o Acordo sobre o comércio de aeronaves civis e o Acordo sobre licitação pública.

### **3.2 Questões elementares sobre o sistema de resolução de controvérsias da OMC**

Antes de dissecar a estrutura de remate de impugnações da OMC, faz-se necessário atentar para o arranjo hierárquico-funcional do organismo.

O órgão precípua é a Conferência Ministerial, constituído por um representante de cada Estado-Membro da OMC. Depois, o Conselho Geral da OMC, um órgão perene, que possui a mesma formação do primeiro. Tem como escopo gerir as atividades da OMC, mas também a implementação das determinações da Conferência Ministerial. Importante apreciar que é também ofício do Conselho Geral

funcionar como Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) ou, por assim dizer, como *Dispute Settlement Understanding* (DSU).

Seguindo a disposição organizacional, há três conselhos em mesmo patamar de importância, quais sejam: Conselho de Mercadorias, pertinente ao Anexo 1A; Conselho de Serviços, referente ao Anexo 1B e o Conselho de Direitos de Propriedade Intelectual, concernente ao Anexo 1C.

Por último, cite-se o Secretariado, cujas tarefas primordiais são, primordialmente:

1. prover assistência técnica para Membros em desenvolvimento; 2. monitorar e analisar o desenvolvimento do comércio mundial; 3. servir de fonte de informação ao público e imprensa; 4. organizar as cúpulas da Conferência Ministerial; 5. acessar os governos de Países que desejem adentrar à instituição, e; 6. prestar assistência jurídica e administrativa no processo de solução de litígios.<sup>10</sup>

Conforme observado alhures, é também função do Conselho Geral trabalhar como *Dispute Settlement Understanding* (DSU). Presentemente, vale assentir que o órgão encarregado de tentar dirimir os pleitos que hajam surgido no âmbito da OMC é o *Dispute Settlement Body* (DSB). Este corpo compõe-se de todos os membros da OMC, e configura atuação ainda mais especializada do Conselho Geral. Esta peculiarização confere ao DSB uma identidade hierárquico-funcional, oriunda da importância conferida pela OMC ao remate de controvérsias no contorno do comércio internacional.

O desenlace dos choques de interesses, portanto, começa “a funcionar cada vez mais sob uma ótica jurídica, pela qual a vontade das partes, a despeito de possuírem fundamental importância, nem sempre determina o resultado do litígio.”<sup>11</sup> Ou seja, “o sistema dá primazia ao consenso de acordos, mas na ausência destes, são as normas expressas que afinam a controvérsia.”<sup>12</sup>

<sup>10</sup>GAMBARRO, Carlos Maria; FIORATI, Jete Jane. O sistema de resolução de controvérsias na OMC. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, v. 11, n. 44, jul-set 2003, p. 13.

<sup>11</sup> Ibidem, p. 16.

<sup>12</sup> Ibidem, p. 16.



### 3.3 Do procedimento de solução de controvérsias da OMC

De maneira concisa, pode-se dizer que o sistema de resolução de controvérsias da OMC tem início com o pedido de consulta, devendo ser o DSB notificado acerca da solicitação.

Findo o procedimento preliminar, o demandante pode requerer a instalação de um panel, quer dizer, de um Grupo Especial, que será formado por representantes de três ou, excepcionalmente, cinco países membros.

Segue-se a fase de investigação, quando as partes e terceiros interessados apresentam suas respectivas posições.

Depois, o relatório final será produzido e, após comunicadas as partes acerca da decisão, será a mesma analisada pelo DSB no prazo de vinte dias. Terá o DSB mais sessenta dias, entretanto, para deliberar sobre a adoção do relatório ou pela não adoção, se as partes assim convencionarem ou manifestarem a intenção de proceder à apelação.

Em seguida, será constituído um Órgão de Apelação, ou Appellate Body, o qual será integrado por sete componentes indicados pelo DSB. O Órgão de Apelação emitirá, então, seu parecer, e este deverá ser abraçado pelo DSB e aceito pelas partes nos trinta dias que se seguirem à notificação e, ainda, a parte prejudicada deverá comunicar o DSB no que respeita às suas intenções de implementar contramedidas, dentro da mesma conjuntura temporal.

É de grande valia, por fim, atentar que a OMC disponibiliza as partes em conflito a utilização de procedimento espontâneo de resolução de controvérsias, como que, a arbitragem, que pode ser movida e finalizada a qualquer tempo. Pode-se, inclusive, “suspender o conteúdo jurídico do relatório de um panel quando as partes, no decorrer do iter dos procedimentos, encontram solução mutuamente satisfatória”.<sup>13</sup>

### 3.4 Do processo arbitral

A OMC prevê o uso da arbitragem como forma de resolução de conflitos, em substituição ao procedimento que cuida do desenlace de contendas. É, contudo, necessário que as partes hajam pactuado a respeito da instauração da primeira sistemática.

<sup>13</sup>MARTINS, Eliane Maria Octaviano. A sistemática de solução de controvérsias no âmbito da OMC. Jus Navegandi, Teresina, ano 8, n. 261, 25 mar. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4977>. Acesso em: 16 jan. 2008.

Observe-se que o mecanismo de solução de controvérsias da OMC, de per si, não deve ser considerado procedimento arbitral e, tampouco, ser confundido com este último. Todavia, é possível seja suspenso o procedimento de resolução de conflitos, a qualquer tempo, conquanto as partes hajam concordado acerca de uma decisão satisfatória, por intermédio do procedimento arbitral, vez que a OMC possui como um de seus intentos a conciliação dos interesses das partes.

### 3.5 O caso Embraer *versus* Bombardier

A dificuldade de as empresas brasileiras obterem taxas de juros ao par daquelas praticadas internacionalmente fez surgir o Proex, ou Programa de Financiamento às Exportações.

O Proex é um programa de incentivo às exportações de bens e serviços, que admite o recebimento à vista de uma venda negociada a prazo, promovendo, aos exportadores brasileiros, condições mais favoráveis de competição no cenário comercial internacional. Além disso, seus recursos são oriundos do Orçamento Geral da União e o Banco do Brasil é o administrador do programa.<sup>14</sup>

No ideário canadense, o Proex ia de encontro ao Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (SCM Agreement - Agreement on Subsidies and Countervailing Measures), o que motivou a contestação do país à OMC em face do Brasil. Pelo Acordo, existem subsídios, por exemplo, quando os governos colaboram com cessões financeiras e concedem vantagens para quem as toma. Isso permite que os países que se sintam prejudicados, possam recorrer à OMC ou, mais especificamente, ao DSB, requerendo consultas.

O Proex, pois, tornou possível a celebração de contratos mais vantajosos pela Embraer, em condições mais competitivas, o que deu causa à oposição da empresa canadense, a qual insistiu no ingresso do governo do Canadá, junto à OMC, com o intuito de obter a confirmação de que o Proex poderia ser considerado um subsídio ilegal, consoante definição do artigo 3, 1, a, do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias.<sup>15 16</sup>

<sup>14</sup>CINTI, Thadeu; ASSIS, Marcelo Gonçalves. In: Manual prático de Comércio Exterior. German Sagre. Org. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 100.

<sup>15</sup>ALBUQUERQUE, Flávia Regina Costa Ramos. O caso Bombardier versus Embraer: Análise crítica do emprego da retaliação no seio do sistema de solução de controvérsias da OMC, p. 9. Jus Navegandi, Teresina, ano 11, n. 1514, 24 ago. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10318>. Acesso em: 01 set. 2008.

<sup>16</sup>Artigo 3 - Proibição. 1. Com exceção do dispositivo no Acordo sobre Agricultura, serão proibidos os seguintes subsídios, conforme definidos no Artigo 1; a) subsídios vinculados, de fato ou de direito, ao desempenho exportador, quer individualmente, quer como parte de um conjunto de condições, inclusive aqueles indicados a título de exemplo no Anexo I. Acordo sobre subsídios e medidas compensatórias. Disponível em: [www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwn\\_1196686041.doc](http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwn_1196686041.doc). Acessado em: 16 abr. 2014.

Entretanto, o Brasil contestou a arguição com fulcro no item K do Anexo 1, do mesmo Acordo,<sup>17</sup> observando que os auxílios prestados à Embraer não configuravam superioridade ou lhe proporcionavam lucro de grande vulto, no que tange à exportação de jatos.

Salientou, ainda, que

garantir vantagem de monta encaixava-se na exceção prevista na nota de rodapé n. 5 do próprio artigo 3, 1, do SCM Agreement, que previa que as “medidas que estejam indicadas no Anexo I como não caracterizadoras de subsídios à exportação não serão proibidas por este Artigo ou nenhum outro deste Acordo”.<sup>18</sup>

Dessa maneira, o Brasil propunha que o Proex seria considerado instrumento necessário para a equanimização comercial do país. Ainda, que a Bombardier também recebia patrocínios do Canadá, o que impossibilitava a concorrência em paridade de circunstâncias, mas também que o Proex não se enquadrava na classificação de subsídios proibidos, vez que estava de acordo com o conteúdo abarcado pelo artigo 27 do SCM Agreement.<sup>19</sup>

Assim, o pedido do Canadá fora deferido, o Proex considerado incentivo proibido, haja vista a violação do artigo 3 do SCM Agreement, e ficou estabelecido

<sup>17</sup>K) a concessão pelo governo (ou por instituições especiais controladas pelas autoridades o governo e/ou agindo sob seu comando) de créditos à exportação a taxas inferiores àquelas pelas quais o governo obtém os recursos utilizados para estabelecer tais créditos (ou que teriam de tomar se tomassem emprestado nos mercados financeiros internacionais recursos com a mesma maturação), ou o pagamento pelo governo da totalidade ou de parte dos custos em que incorrem exportadores ou instituições financeiras quando obtêm créditos, na medida em que sejam utilizados para garantir vantagem de monta nas condições de créditos à exportação. Idem, ibidem.

<sup>18</sup>Acordo sobre subsídios e medidas compensatórias. Disponível em: [www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl\\_1196686041.doc](http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl_1196686041.doc). Acessado em: 16 abr. 2014.

<sup>19</sup>Artigo 27 - Tratamento Especial e Diferenciado aos Países em Desenvolvimento Membros

1. Os membros reconhecem que subsídios podem desempenhar papel importante em programas de desenvolvimento econômico de países em desenvolvimento econômico de países em desenvolvimento Membros.

2. A proibição do parágrafo 1 (a) do Artigo 3 não se aplicará:

a) aos países em desenvolvimento Membros arrolados no Anexo VII;

b) a outros países em desenvolvimento Membros pelo período de 8 anos a partir da data em vigor do Acordo Constitutivo da OMC, desde que obedecidas as disposições do parágrafo 4.

[...]

4. Os países em desenvolvimento Membros a que se refere o parágrafo 2 (b) eliminarão seus subsídios à exportação no período de 8 anos, preferivelmente de maneira progressiva. Os países em desenvolvimento Membros não elevarão, porém, o nível de subsídios à exportação e, sempre que a concessão de subsídios à exportação seja incompatível com suas necessidades de desenvolvimento, eliminá-los-ão em prazo inferior àquele previsto neste parágrafo. Caso estime necessário conceder tais subsídios além do prazo de 8 anos, um país em desenvolvimento Membro, até no máximo um ano antes do final desse prazo, iniciará consultas com o Comitê, que determinará se a prorrogação desse período se justifica, após exame de todas as necessidades econômicas, financeiras e de desenvolvimento pertinentes do país em desenvolvimento Membro em causa. Se o Comitê determinar que a prorrogação se justifica, o país em desenvolvimento Membro manterá consultas anuais ao Comitê para determinar a necessidade de manutenção dos subsídios. Se o Comitê não chega a tal conclusão, o país em desenvolvimento Membro eliminará os subsídios à exportação remanescentes no prazo de dois anos a contar do fim do último período autorizado.

que o Brasil deveria suspender o privilégio referente ao Proex num prazo de até 90 dias, a partir da decisão.

Em seguida, após o indeferimento de sua apelação, perante o *Appellate Body*, o Brasil submeteu ao DSB, em 19/11/99, as reformas instauradas no Proex, através da Resolução n. 2677/99, e da Carta Circular n. 2881/99 do Banco Central do Brasil.

O Canadá, por conseguinte, em 23/11/99, demandou a feitura de outro painel, na proporção em que não anuía com a concordância entre as medidas compensatórias propostas pelo Brasil e as deliberações constantes no Acordo.

Urge ressaltar que, em virtude da Resolução proferida contrariamente ao Brasil, e das críticas negativas às recentes transformações do Proex, foram instituídas novas modificações no programa, por intermédio da Resolução n. 2799/00.

Nesse ínterim, em meio a um intenso desgaste das relações diplomáticas, Canadá requereu, em 10/05/2000, permissão para dar início às contramedidas em face do Brasil, no valor de setecentos milhões de dólares canadenses, utilizando como pressuposto o que abarcam os artigos 4, 10, do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, e 22, 2, do Entendimento relativo às normas e procedimentos sobre resolução de controvérsias (DSU - *Dispute Settlement Understanding*).

Sequencialmente, o Brasil requisitou a utilização da Arbitragem, sob o amparo legal do artigo 22, 6, do Entendimento relativo às normas e procedimentos sobre resolução de controvérsias, bem como do artigo 4, 11, do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias. A petição teve o propósito maior de mensurar o montante almejado pela parte contrária. A decisão arbitral reduziu o valor das contramedidas para trezentos e quarenta e quatro milhões de dólares canadenses ao ano.

O Canadá obteve do DSB a permissão para a retaliação do Brasil, em 12/12/2000. A decisão teve alicerce nos artigos 22, 7, do DSU e 4, 10, do SCM Agreement. Importa observar que a análise da eficácia e da praticabilidade das medidas retaliatórias cabe, precipuamente, ao país demandante. E, por avaliar desvantajosa a implementação do esquema retaliatório, o país não se utilizou de tal consentimento.

Diante dos fatos narrados, é insofismavelmente visível que a adoção da Arbitragem, como instrumento de negociação e dissolução de conflitos, logrou êxito

às partes, vez que possibilitou o perfilhamento de medidas mais prudentes e sensatas, bem como a aplicação dos princípios da equivalência e da proporcionalidade, elementos reconhecidos na seara do Direito Internacional, dando lugar a avaliações mais apropriadas ao caso. Portanto, através da utilização da Arbitragem, as partes alcançaram resultados positivos, mesmo antes de decidida a controvérsia pelo corpo jurídico do Órgão de Resolução de Controvérsias da OMC de forma definitiva.

## Considerações finais

Coube aqui exaltar os créditos da arbitragem, na medida em que carrega em seu corpo uma variedade de utilidades, como que: maior celeridade e, portanto, maior parcimônia com relação aos custos; mais amplitude e flexibilidade no que diz respeito à aceitação das provas; mais confiabilidade e sigilosidade; maior especialização dos árbitros; possibilidade de eleição dos mesmos, da legislação a ser aplicada, e do território onde se deseja decompor o conflito, conferindo méritos ao princípio da autonomia da vontade das partes, dentre outros aspectos de grande valia e importância.

Notório que ainda restam alguns entraves ao sistema arbitral, sobretudo no que tange à exclusão da participação do Poder Judiciário da dissolução das contendas. Todavia, não se intenta, neste trabalho de pesquisa, negligenciar, tampouco sobrepujar o prestígio do Poder Judiciário.

Em bem da verdade, vislumbra-se demonstrar ser precisa a liberação das amarras de uma legislação manifestamente positivista e restritiva, mais voltada para o judiciário do que para a autonomia da vontade das partes, em detrimento do ardor democrático de acesso universal à justiça.

## Referências

ALBUQUERQUE, Flávia Regina Costa Ramos. O caso Bombardier versus Embraer: análise crítica do emprego da retaliação no seio do sistema de solução de controvérsias da OMC. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 11, n. 1514, 24 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10318>>. Acesso em: 01 set. 2008.

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. 11 ed. vol. IV. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo LTDA, 1958.

CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e mediação: rudimentos**. São Paulo: Atlas, 2002. CASELLA, Paulo. Arbitragem: a nova lei brasileira (9307/96) e a praxe internacional. Coordenador. São Paulo: LTr, 1996.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Bahia: Jus Podium, 2007.

GAMBARRO, Carlos Maria; FIORATI, Jete Jane. **O Sistema de Resolução de Controvérsias na OMC**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo. Artigo. V. 11. N. 44. p. 7-39. jul-set 2003.

KROETZ, Tarcísio Araújo. **Arbitragem: conceito e pressupostos de validade: e acordo com a lei 9307/96**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

MAIA, Jaime Mariz. **Economia Internacional e Comércio Exterior**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARTINS, Eliane Maria Octaviano. A sistemática de solução de controvérsias no âmbito da OMC. **Jus Navegandi**, Teresina, ano 8, n. 261, 25 mar. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4977>>. Acesso em: 16 de jan. 2008.

Ministério do desenvolvimento, indústria e comércio exterior. **Acordo sobre subsídios e medidas compensatórias**. Disponível em: [www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl\\_1196686041.doc](http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl_1196686041.doc). Acessado em: 16 abr. 2014.

PUCCI, Adriana Noemi. **Arbitragem comercial internacional**. Coordenadora. São Paulo: LTr, 1998.

\_\_\_\_\_. **Arbitragem comercial nos países do Mercosul:** análise comparativa da legislação, jurisprudência e doutrina dos autores da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai relativas à arbitragem. São Paulo: LTr, 1997.

SAGRE, German. **Manual Prático de Comércio Exterior.** Organizador. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

STRENGER, Irineu. **Arbitragem Comercial Internacional.** São Paulo: LTr, 1996.

TEIXEIRA, Carla Noura. **Direito internacional:** público, privado e dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2007.

Artigo recebido em: 9.03.2014

Revisado em: 30.03.2014

Aprovado em: 15.04.2014



# ASPECTOS CRONOLÓGICOS DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

## *THE SOCIAL FUNCTION OF PROPERTY: CHRONOLOGICAL ASPECTS*

André Luiz Costa<sup>1</sup>

Especialista em Direito Processual Civil  
Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades  
Associadas de Ariquemes  
(IESUR/FAAr) - Ariquemes (RO) - Brasil

**RESUMO:** O presente texto tem por objetivo apresentar linhas gerais da evolução histórica do instituto da função social no Brasil, colocando em ordem cronológica os fatos e as legislações que marcaram decisivamente o avanço deste instituto, que, nos dias atuais está intimamente ligado ao Direito Constitucional Contemporâneo. O foco principal é a percepção dos avanços e inovações do Direito brasileiro em diversas épocas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Função Social, Garantia Constitucional, Usucapião.

**ABSTRACT:** This paper aims to present outlines the historical evolution of the social function institution in Brazil. The justification is the chronological events and the legislation marked the advancement of this institute, which nowadays is closely related to Constitutional Law Contemporary. The main focus is the perception of Brazilian advancement law at various times.

**KEYWORDS:** Social Function, Constitutional Guarantee. Prescription.

---

<sup>1</sup>Graduado em Direito e Especialista em Direito Processual Civil, Direito Penal e Processo Penal. Pesquisador do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdade Associadas de Ariquemes (IESUR/FAAR), na qualidade de voluntário associado do Núcleo de Pesquisas Científicas em Direito - NUPES/DIR. Professor da Graduação da Sociedade Barramansense de Ensino Superior/Centro Universitário de Barra Mansa O artigo é uma das produções bibliográficas da Linha de Pesquisa do NUPES/DIR do IESUR/FAAr e insere-se na Linha Editorial da Revista: Empresa, Sociedade e Sustentabilidade. Pesquisa financiada pelo IESUR/FAAr. Advogado. E-mail: andreluizcostadir@gmail.com.

## 1. Introdução

Partindo-se do princípio de que a luta pela terra no Brasil tem mais de 500 anos, é fácil perceber que desde o nascimento do latifúndio, na época do colonialismo português, esta vem sendo usada como forma de controle social pelos governantes. A luta pela terra, seja ela rural ou urbana não é coisa recente, afinal é da terra que o homem tira seu sustento, cria a família, a sociedade, o Estado. A terra une o homem em comunidades visando um bem-estar social e comunitário, mas a necessidade de sentir-se seguro, instalado em determinado lugar é, grande parte das vezes, frustrada pelas normas governamentais que controlam a sociedade visando a obtenção de lucro, seja este financeiro ou político.

Como justificar o direito de propriedade atendendo uma função social estipulada pela ideologia da soberania do Estado frente à interpretação absoluta de que somente este último define seus parâmetros de ocupação?

Como imaginar uma sociedade, uma nação sem terra, sem bem-estar, sem seu próprio sustento? Sem dignidade!

A função social da propriedade é princípio que deriva da evolução do ordenamento jurídico pátrio e ecoa como uma das grandes conquistas sociais.

O presente artigo traça um breve acompanhamento da trajetória histórica da função social<sup>2</sup> no Brasil, colocando em ordem cronológica os fatos e as legislações que marcaram decisivamente o avanço deste instituto<sup>3</sup>. O foco principal é a percepção dos avanços e inovações do Direito brasileiro em diversas épocas.

## 2. Histórico

Para uma breve definição de função social da propriedade, a lição de FABIO KONDER COMPARATO é oportuna:

Quando se fala em função social da propriedade não se indicam as restrições

<sup>2</sup>A função social é uma espécie de harmonização entre a natureza do bem e a sua utilização de acordo com os fins legítimos da sociedade. GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). Problemas de Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 420.

<sup>3</sup>Não é, portanto, um trabalho de caráter conceitual.

ao uso e gozo dos bens próprios. Estas últimas são limites negativos aos direitos do proprietário. Mas a noção de função, no sentido em que é empregado o termo nesta matéria, significa um poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo social mostra que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do dominus; o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro. Mas, de qualquer modo, se se está diante de um interesse coletivo, essa função social da propriedade corresponde a um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica<sup>1</sup>.

ANDRÉ OSORIO GONDINHO informa que a função social não é um fardo pesado, pelo contrário, melhora o exercício do direito de propriedade:

A função social da propriedade, embora represente um freio ao exercício antissocial da propriedade, não lhe retira todo o seu gozo e exercício, pelo contrário, muitas vezes é ela a mola impulsionadora do exercício da senhoria, pois representa uma reação contra os desperdícios da potencialidade da mesma. (...) O proprietário continua com as prerrogativas de usar, gozar, fruir e dispor da coisa, bem como persegui-la contra quem injustamente a detenha. (...) A função social não significa, assim, uma derrogação da propriedade privada, que continua existindo (e prestigiada), mas um instrumento de garantia da própria propriedade, uma vez que representa a defesa contra qualquer tentativa de socialização sem prévia e justa indenização<sup>5</sup>.

RICARDO PEREIRA LIRA, faz um verdadeiro tributo ao solo:

O solo é incomensurável em seu valor, tanto para os particulares, como para o povo em seu conjunto. Nele se radicam a fonte de alimentação das gentes, as riquezas criadoras dos instrumentos elementares para a satisfação das incontáveis necessidades vitais, e todo o sistema habitacional dos seres humanos. Dele se extraem as substâncias curativas e de fortalecimento, as possibilidades inesgo-

<sup>1</sup>Advogada. Pós Graduada em Direito Cooperativo pelo LLM do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais IBMEC - Parcerias em Curitiba/PR - E-mail: fabianameira@gmail.com

<sup>4</sup>COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. In: COMPARATO, Fábio Konder. Direito Empresarial: Estudos e Pareceres. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 32.

<sup>5</sup>GONDINHO, André Osório. Op. cit, p. 418.

táveis de recreio e lazer, e, sobretudo, nele se exerce basicamente a liberdade essencial do homem de ir e vir. O solo é toda hipótese e possibilidade de vida<sup>6</sup>.

Os povos, desde os mais primitivos, são conquistadores e exploradores do solo, em busca de habitação, riquezas naturais e domínio sobre os demais povos. O início deste histórico se dá a partir da chegada dos portugueses ao Brasil.

### 3. As Sesmarias

O regime sesmarial foi trazido pelos colonizadores portugueses para o Brasil<sup>7</sup>. A política de terras de Portugal havia sido instituída pela Lei das Sesmarias ou Lei do Pão de 1375, no reinado de D. Fernando, que a promulgou no intuito de povoar o interior de Portugal.

As sesmarias foram previstas nas Ordenações Manuelinas (1521-1603), igualmente reproduzidas nas Ordenações Filipinas (1603-1867), “Sesmarias são propriamente as dadas de terras, casses (casas de campo ou granjearias), ou par-dieiros, que foram, ou são de alguns senhorios, e que já em outro tempo foram lavradas e aproveitadas, e agora não são”. (Ordenações Manuelinas, livro IV, título 67 e Ordenações Filipinas, livro IV, título 43).

O extenso solo do Brasil e as possibilidades de acesso marítimo o deixavam vulnerável à invasão e à pirataria, principalmente francesa, tornando frágil o domínio dos portugueses. Sendo assim, a ocupação permanente do Brasil foi uma estratégia criada para assegurar a manutenção da posse deste para Portugal.

As capitanias hereditárias tomaram forma em 1530, após D. João III, conferir uma autorização a Martim Afonso de Souza (Caramuru)<sup>8</sup>, para que fosse responsável por levar pessoas a viverem e povoarem as terras, motivando-as pelo fato de que as mesmas seriam hereditárias.

Salienta RICARDO LIRA que os sesmeiros estavam sujeitos a diversas condições resolutivas, como, por exemplo, a obrigatoriedade da colonização, da moradia

<sup>6</sup>LIRA, Ricardo Pereira. Direito urbanístico. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 312.

<sup>7</sup>É contestável o fato dos portugueses terem descoberto o Brasil. Alguns historiadores afirmam que boa parte do mundo foi descoberta pelos chineses, reconhecidos pelo conhecimento milenar sobre navegações e expedições. Para eles, os chineses mapearam as rotas e terras descobertas e através de cartas náuticas copiadas do Mapa do mundo chinês é que os navegadores europeus chegaram a América e outras terras. De acordo com o cartógrafo e ex-oficial da Marinha Britânica Gavin Menzies, um chinês chamado Hong Bao descobriu o Brasil. Estas afirmações estão dando uma reviravolta na história da humanidade.

<sup>8</sup>Na segunda fase do regime sesmarial as terras eram distribuídas por governadores-gerais e na terceira fase a Coroa, através de prepostos, escolhia os sesmeiros e outorgava a carta de concessão.

habitual e da cultura permanente. Acrescia o encargo de medição e demarcação dos respectivos limites para posterior confirmação, além das obrigações tributárias mencionadas<sup>9</sup>.

Caso uma das condições impostas pela Coroa não fosse cumprida, as sesmarias retornavam ao seu patrimônio para serem redistribuídas. A partir da inocorrência de redistribuição é que surgiu a maior parte das terras devolutas<sup>10</sup>.

O regime sesmarial deu início aos problemas fundiários agrários e ocasionou uma imensidão de terras improdutivas. Afinal, a lei que regia dispunha que aquele que não cultivasse a terra dentro de um prazo de cinco anos deveria devolvê-la e, como a fiscalização da produtividade praticamente não existia, dentro de alguns anos a desordem causada pela falta de controle da distribuição de terra gerou a insatisfação da Coroa e inúmeros debates.<sup>11</sup>

Em 1821, José Bonifácio de Andrada e Silva apresentou um projeto visando revalidar as concessões de sesmaria e regularizar as posses, fundamentado no fato de que não era possível acabar com o regime de sesmarias, sem antes ter uma lei que cuidasse desse assunto. O projeto de Bonifácio previa a compra e venda de terras, vedava novas doações, a não ser em casos específicos, obrigava o cultivo das terras e beneficiava os europeus pobres, os índios, os mulatos e os negros forros. O projeto não teve êxito, pois ia de encontro aos interesses dos sesmeiros e grandes posseiros.

A Professora da Universidade de Campinas, Ligia Osorio Silva<sup>12</sup>, afirma que “A origem do latifúndio é a lei de sesmarias. Mas elas não são a razão de o latifúndio durar até hoje, pois a lei foi revogada há mais de 170 anos.”

CARLOS FREDERICO MARÉS, traçou um verdadeiro paradoxo entre o regime sesmarial de Portugal e do Brasil:

As sesmarias nasceram em Portugal para que o Poder Público dispusesse das terras não trabalhadas, mesmo que de propriedade alheia, para oferecer a

<sup>9</sup>LIRA, Ricardo. Op. Cit., p. 317.

<sup>10</sup>Idem, ibidem.

<sup>11</sup>As sesmarias eram enormes. Uma delas foi a Ilha de Itaparica inteira. Brás Cubas recebeu uma fatia de terra que tomava boa parte da área que, hoje, forma os municípios de Santos, Cubatão e São Bernardo. Havia, já, os espertalhões que recebiam sesmaria para revendê-la retalhada. Havia quem levasse uma sesmaria para si, outra para a mulher, outra para o filho. Os limites eram imprecisos. Em documentos históricos, existem terras que terminam “onde mataram o Varela”. Há outra fazenda que ia até “a casa onde estão uns cajus grandes”. Às vezes, para medir a terra, acendia-se um cachimbo, montava-se no cavalo e ia-se em frente. Quando o cachimbo apagasse, acabado o fumo, marcava-se 1 légua. Parado por 500 anos. Veja On Line Reforma Agrária em profundidade. Disponível em: <[http://veja.abril.com.br/idade/exclusivo/reforma\\_agraria/historia.html](http://veja.abril.com.br/idade/exclusivo/reforma_agraria/historia.html)>. Acesso em 26.03.2014.

<sup>12</sup>SILVA, Ligia Osório, op. cit.

quem realmente a quisesse trabalhar, na medida de seu trabalho; enquanto no Brasil a mesma concessão é negada a quem quisesse trabalhar e produzir por sua conta e entregue a quem tivesse o poder de explorar o trabalho alheio adquirido à força, compulsoriamente, seja como escravo ou trabalhador livre, que tinham que aceitar as condições independente de sua vontade: a liberdade é a opção entre várias alternativas. Liberdade de escolher uma única alternativa ou morrer ou ser preso como vagabundo, é opressão.

O belo ideal de 1375 de fazer da terra fonte de produção não foi implantado no Brasil, as sesmarias geraram terras de especulação do poder local, e originaram uma estrutura fundiária assentada no latifúndio, injusta e opressiva.

Em Portugal, nos séculos XVII e XVIII as sesmarias já estavam em desuso porque a propriedade privada já começava a ser respeitada como direito absoluto. No Brasil continuava a ter plena vigência porque se tratava de conceder terras consideradas vagas, isto é, não era uma ameaça ao caráter absoluto da propriedade<sup>13</sup>.

#### 4. Período de Posses

O fim do sistema sesmarial se deu em 17.07.1822, através de Resolução de D. Pedro I, dando início ao período extralegal ou de posses no Brasil, que ficou sem nenhuma lei<sup>14</sup> sobre a propriedade da terra até o advento da Lei de Terras (Lei n. 601, de 18.09.1850).<sup>15</sup>

A Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de Março de 1824, menciona o direito de propriedade<sup>16</sup> como uma garantia plena dos cidadãos, tendo como

<sup>13</sup>MARÉS, Carlos Frederico. A função social da terra. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. p.62 e 63.

<sup>14</sup>Como relata CAVALCANTE, em 1835, quando Feijó foi eleito o único regente, as questões sobre as terras ficaram em segundo plano, devido às diversas conturbações sociais: revolta dos Cabanos (Pará), dos Balaios (Maranhão) e agitações da Praieira (Pernambuco). Ainda assim, algumas medidas foram colocadas em prática. Em 1838, a Câmara indicou uma comissão encarregada de fazer um levantamento das terras devolutas. Em julho de 1842, o Governo Imperial solicitou à Seção dos Negócios do Império do Conselho de Estado que formulasse modificações e critérios para a obtenção de terras no Brasil. A proposta visava regularizar as concessões de sesmaria e a política de colonização. CAVALCANTE, José Luiz. A Lei de Terras de 1850 e a reafirmação do poder básico do Estado sobre a terra. Disponível em: <<http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/antiores/edicao02/materia02/>>. Acessado em 30.03.2014

<sup>15</sup>Para a historiadora Lílian Starobinas “o contexto da aprovação da Lei de Terras, sugere a reflexão sobre outros objetivos que pautavam a Lei: a suspensão do tráfico de escravos, no mesmo ano, anunciava a Abolição; a busca de atrair imigrantes europeus para o trabalho agrícola nas grandes propriedades; o desejo do Império de dispor das terras devolutas, para poder financiar o processo de imigração e colonização”. <<http://www.webhistoria.com.br/lei1850.html>>. Acessado em 27.12.2006.

<sup>16</sup>A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 02 de outubro de 1789, ampliada pela Convenção Nacional em 1793, influenciou decisivamente as legislações de todo o mundo, sobretudo os textos constitucionais que a sucederam. No item XVII a propriedade é assegurada: Sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado, ninguém pode ser dela privado, a não ser quando a necessidade pública, legalmente reconhecida, o exige evidentemente e sob a condição de uma justa e anterior indenização.

única exceção, prevista no inciso XXII, o uso e emprego da propriedade particular pelo bem público, hipótese em que seria assegurada indenização prévia.

Mesmo diante do texto constitucional de 1824, CAVALCANTE afirma que o Brasil atravessava a fase áurea do posseiro, uma vez que de 1822 a 1850 a posse era única forma de aquisição de domínio sobre as terras:

Num primeiro momento, o posseiro, na figura do pequeno lavrador, surgia como uma grande ameaça ao regime de sesmaria. Todavia, ao longo dos anos, este passou a se figurar no grande fazendeiro, fazendo assim com que muitos sesmeiros assumissem o papel de posseiros. Somente com a resolução de 17 de julho de 1822 é que foi suspensa a concessão de sesmarias pelo então príncipe regente D. Pedro. Nesse momento, o posseiro passa a ter uma importância social, pois a resolução o reconhecia como parte integrante no desenvolvimento da agricultura, e muitos viam no regime de sesmaria o responsável pela miséria e pelo atraso da agricultura do país<sup>17</sup>.

Durante este período de posses o sistema fundiário brasileiro era composto de:

- a) propriedades particulares adquiridas pelo regime das sesmarias, com observação das exigências e integralmente confirmadas;
- b) propriedades provenientes de Sesmarias, mas não confirmadas por falta de ocupação, demarcação ou produção;
- c) posse por particulares, embora sem qualquer título que legitimasse a ocupação<sup>18</sup>;
- d) terras ocupadas pela Coroa ou governo local, portanto integrando o patrimônio público, como praças, escolas, estradas.
- e) terras devolutas, por terem caído em comisso (devido a devolução da sesmaria) ou aquelas que mesmo sendo habitadas por escravos fugitivos e libertos, índios, populações ribeirinhas, pescadores, caçadores, entre outros ocupantes, a Lei Imperial considerou como devoluta e disponível para serem transferidas ao patrimônio privado.

<sup>17</sup>CAVALCANTE, José Luiz. Op.Cit.

<sup>18</sup>O artigo quinto da Lei de Terras legalizou toda terra ocupada sem carta de doação, mas com efetivos sinais de ocupação humana e agrícola.



## 5. A Lei de Terras

A Lei de Terras trouxe a seguinte ementa:

Dispõe sobre as terras devolutas no Império, e acerca das que são possuídas por título de sesmaria sem preenchimento das condições legais, bem como por simples título de posse mansa e pacífica: e determina que, medidas e demarcadas as primeiras, sejam elas cedidas a título oneroso, assim para empresas particulares, como para o estabelecimento de colônias de nacionais e de estrangeiros, autorizado o Governo a promover a colonização estrangeira na forma que se declara.

Quase quatro anos depois a lei de Terras foi regulamentada, através do Decreto 1.318, de 30/01/1854. O regulamento para execução da Lei 601/1850, dispôs sobre: a repartição geral e medição das terras públicas; a revalidação e

legitimação das terras e modo prático de extremar o domínio público do particular; a medição das terras que se acharem no domínio particular por qualquer título legítimo; a venda das terras públicas; as terras reservadas; as terras devolutas situadas nos limites do Império com Países Estrangeiros; a conservação das terras devolutas alheias e sobre o registro das terras Possuídas.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de Fevereiro de 1891, manteve o direito de propriedade como garantia plena dos cidadãos brasileiros, acrescentando que a desapropriação só poderia ocorrer mediante necessidade ou utilidade pública, com indenização prévia.

## 6. Código Civil Brasileiro de 1916

Apesar da tentativa de Teixeira de Freitas e de outros juristas de regulamentar o texto expresso no artigo 179, XVIII da Constituição de 1824, que previa a elaboração de um Código Civil, as Ordenações continuaram até ser sancionado o Código Civil em 1º de janeiro de 1916 (Lei 3.071), que entrou em vigor um ano depois <sup>19</sup>.

<sup>19</sup>A legislação do nosso país sempre andou com passos extremamente lentos. Clóvis Beviláqua foi convidado pelo Ministro da Justiça Epiácio Pessoa em abril de 1899 para elaborar o projeto do Código Civil, aproveitando os trabalhos anteriores. Em outubro deste mesmo ano Clóvis Beviláqua concluiu. Após duas revisões, em 1900 o projeto foi submetido ao Congresso Nacional, tendo sido aprovado em sessão da Câmara dos Deputados em 26 de dezembro de 1915, sancionado em 1916 e vigência a partir de 1917.

A sociedade brasileira era predominantemente rural, razão pela qual o texto do Código Civil tinha um caráter agrário. A propriedade, a posse, a enfiteuse, as servidões, o usufruto, o uso e a habitação estavam previstos. O possuidor foi definido como todo aquele que tem de fato o exercício pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade (art. 485). Também foi definido que é justa a posse quando não for violenta, clandestina, ou precária e considerada de boa-fé, quando o possuidor ignorasse o vício, ou o obstáculo que lhe impedisse a aquisição da coisa, ou do direito, possuído. (489 e 490).

Ao possuidor era garantido o direito de manutenção da pose em caso de turbacão e restituição no caso de esbulho (art. 499). Também foram legitimados atos para defesa da posse:

Art. 501. O possuidor que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da violência iminente, cominando pena a quem lhe transgredir o preceito.

Art. 502. O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se, ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo.

Parágrafo único. Os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção ou restituição da posse.

Entre as formas de aquisição da propriedade imóvel, o CC/16 elencava: a transcrição do título de transferência no Registro do Imóvel; a acessão; a usucapião e o direito hereditário.

## 7. Constituição de 1934

No Brasil, o ar da função social da propriedade começou a ser experimentado a partir da Constituição de 1934, a primeira a afirmar que a propriedade não poderia ser exercida contra o interesse social ou coletivo, além de manter a desapropriação por necessidade ou utilidade pública mediante prévia e justa indenização e prever o uso, pelas autoridades competentes, da propriedade particular no caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, ressaltando o direito à indenização posterior (art. 113, n. 17). Seu texto inovador foi influenciado pelas Constituições Mexicana (1917) e Alemã (1919).

## 7.1 - Constituição Mexicana de 1917

Um dos grandes marcos mundiais do histórico da função social da propriedade, que seria acompanhada mais tarde por outros países, foi a Constituição Mexicana de 1917, fruto de uma ideologia anarquista difundida na Europa no século XIX<sup>20</sup>.

COMPARATO destaca alguns dos avanços trazidos no seu conteúdo.

O mesmo avanço no sentido da proteção da pessoa humana ocorreu com o estatuto da propriedade privada (art. 27). No tocante às “terras e águas compreendidas dentro dos limites do território nacional”, a Constituição estabeleceu a distinção entre a propriedade originária, que pertence à nação, e a propriedade derivada, que pode ser atribuída aos particulares. Aboliu-se, com isto, o caráter absoluto e “sagrado” da propriedade privada, submetendo-se o seu uso, incondicionalmente, ao bem público, isto é, ao interesse de todo o povo. A nova constituição criou, assim, o fundamento jurídico para a importante transformação sócio-política provocada pela reforma agrária, a primeira a se realizar no continente latino-americano<sup>21</sup>.

MARÉS acrescenta que:

Como instrumento jurídico, a mexicana é mais completa e profunda que a alemã porque não apenas condiciona a propriedade privada, mas a reconceitua. Além disso, ademais de ser anterior à alemã em dois anos, até hoje está vigente, enquanto a República de Weimar e sua Constituição tiveram vida curta<sup>22</sup>.

<sup>20</sup>A fonte ideológica da “Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos”, promulgada em 5 de fevereiro de 1917, foi a doutrina anarcossindicalista, que se difundiu no último quartel do século XIX em toda a Europa, mas principalmente na Rússia, na Espanha e na Itália. O pensamento de Mikhail Bakunin muito influenciou Ricardo Flores Magón, líder do grupo Regeneración, que reunia jovens intelectuais contrários a ditadura de Porfirio Díaz. O grupo lançou clandestinamente, em 1906, um manifesto de ampla repercussão, no qual se apresentaram as propostas que viriam a ser as linhas-mestras do texto constitucional de 1917: proibição de reeleição do Presidente da República (Porfirio Díaz havia governado mediante reeleições sucessivas, de 1876 a 1911), garantias para as liberdades individuais e políticas (sistematicamente negadas a todos os opositores do presidente-ditador), quebra do poderio da Igreja Católica, expansão do sistema de educação pública, reforma agrária e proteção do trabalho assalariado. COMPARATO, Fábio Konder. A Constituição Mexicana de 1917. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm>>. Acessado em 28.03.2014.

<sup>21</sup>Idem, *Ibidem*.

<sup>22</sup>MARÉS, op. cit., p. 93.

## 7.2 Constituição de Weimar de 1919

A Constituição de Weimar (Constituição republicana alemã de 1919) inovou em seu conteúdo e influenciou o mundo capitalista, pois assegurou o direito de propriedade, ressaltando o interesse social ou coletivo. Sobre a importância histórica da Constituição de Weimar COMPARATO observa:

Apesar das fraquezas e ambiguidades assinaladas, e malgrado sua breve vigência, a Constituição de Weimar exerceu decisiva influência sobre a evolução das instituições políticas em todo o Ocidente. O Estado da democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana de 1917, adquiriu na Alemanha de 1919 uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazi-fascista e a 2ª Guerra Mundial. A democracia social representou efetivamente, até o final do século XX, a melhor defesa da dignidade humana, ao complementar os direitos civis e políticos — que o sistema comunista negava — com os direitos econômicos e sociais, ignorados pelo liberal-capitalismo. De certa forma, os dois grandes pactos internacionais de direitos humanos, votados pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966, foram o desfecho do processo de institucionalização da democracia social, iniciado por aquelas duas Constituições no início do século.

A estrutura da Constituição de Weimar é claramente dualista: a primeira parte tem por objetivo a organização do Estado, enquanto a Segunda parte apresenta a declaração dos direitos e deveres fundamentais, acrescentando às clássicas liberdades individuais os novos direitos de conteúdo social.

(...)

A função social da propriedade foi marcada por uma fórmula que se tornou célebre: “a propriedade obriga” (art. 153, Segunda alínea)<sup>23</sup>.

Com olhar atento, FACHIN analisa o novo rumo que a Constituição de Weimar deu para a propriedade:

<sup>23</sup>COMPARATO, Fabio Konder. A Constituição alemã de 1919. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/alema1919.htm>>. Acessado em: 28.03.2014.

A propriedade, para a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, consistiu em direito inviolável e sagrado. Tanto o Código francês quanto o Código italiano de 1865, estatuíam que a propriedade é o direito de gozar e dispor do bem de modo absoluto. A partir da constituição de Weimar, há progressivo reconhecimento de uma ordem econômica e social com implicações para a questão da propriedade, de forma a construir uma nova etapa gente ao já superado *laissez faire, laissez passer*<sup>24</sup>.

## 8. Constituições de 1937 e 1946

GONDINHO observa que a Constituição de 1937, retrocedeu em relação a anterior:

A Constituição de 1937, apesar de incluir, em seu texto, referência ao conteúdo e ao limite do direito de propriedade através de lei que viesse a regular o seu exercício, o que significa o reconhecimento constitucional do caráter não absoluto do direito de propriedade, comete infeliz retrocesso ao não proibir que este exercício seja contrário aos interesses sociais e coletivos.

A Constituição de 1946 inovou quando assegurou entre os direitos invioláveis o de propriedade (salvo na hipótese de desapropriação) e condicionando-o ao bem estar social. Como norma jurídica programática, explícita no artigo 147, a Constituição de 1946 previu que uma lei cuidasse de promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

Infelizmente, a lei não existiu e a Constituição perdeu a oportunidade de promover a isonomia por ela prometida.

## 9. Estatuto da Terra de 1964

Após a Lei de Terras de 1850, o Estatuto da Terra (Lei 4504, de 30 de novembro de 1964), marcou a evolução da legislação brasileira sobre a terra agrária. A expressão “função social” está presente em diversos artigos da lei (grifos acrescentados):

<sup>24</sup>FACHIN, Luiz Edson. A função social da posse e a propriedade contemporânea. Porto Alegre: SAFabris, 1988, p. 16.

Art. 2º É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente:

- a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias;
- b) mantém níveis satisfatórios de produtividade;
- c) assegura a conservação dos recursos naturais;
- d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivem.

§ 2º É dever do Poder Público:

- b) zelar para que a propriedade da terra desempenhe sua função social, estimulando planos para a sua racional utilização, promovendo a justa remuneração e o acesso do trabalhador aos benefícios do aumento da produtividade e ao bem-estar coletivo.

Art. 12. À propriedade privada da terra cabe intrinsecamente uma função social e seu uso é condicionado ao bem-estar coletivo previsto na Constituição Federal e caracterizado nesta Lei.

Art. 13. O Poder Público promoverá a gradativa extinção das formas de ocupação e de exploração da terra que contrariem sua função social.

Art. 18. À desapropriação por interesse social tem por fim:

- a) condicionar o uso da terra à sua função social;

Art. 47. Para incentivar a política de desenvolvimento rural, o Poder Público se utilizará da tributação progressiva da terra, do Imposto de Renda, da colonização pública e particular, da assistência e proteção à economia rural e ao cooperativismo e, finalmente, da regulamentação do uso e posse temporários da terra, objetivando:

- I - desestimular os que exercem o direito de propriedade sem observância da função social e econômica da terra;

Analizando a eficácia do Estatuto da Terra, LIRA assevera que:

Se no plano puramente jurídico sobreviveu o Estatuto da terra, também não mereceu ele as galas de um diploma legal que, na sua aplicação real, tenha representado um avanço significativo na direção de uma reestruturação efetiva

da propriedade agrária no Brasil, e implantação de uma política agrícola transformadora e produtiva.<sup>25</sup>

A Lei não prevê a consequência da violação do cumprimento da função social, pois não retira do proprietário nenhum dos direitos sobre a propriedade, neste sentido MARÉS<sup>26</sup> alerta e critica:

A função social, nesta interpretação, seria um privilégio do proprietário que ao não cumpri-la pode ser admoestado pelo Poder Público, mas não perde a propriedade. Quando, ao contrário, se diz que a função social é da terra (objeto do direito) e não da propriedade (o próprio direito) ou do proprietário (titular do direito), se está afirmando que a terra tem uma função a cumprir independentemente do título de propriedade que possam lhe outorgar os seres humanos em sociedade. Entretanto, é sempre bom lembrar, que é a sociedade humana que reconhece essa função, pela consciência e pela lei.

A Lei de 1964 estabelece como única consequência do não cumprimento da função social a possibilidade do Estado desapropriar a terra. Ainda assim, é apenas uma possibilidade que depende da vontade política do Poder, e não um dever público. Portanto, apesar da novidade do conceito de função social da propriedade introduzido no nunca aplicado Estatuto da Terra, a situação não ficou tão diferente dos séculos anteriores: a propriedade continuou absoluta.<sup>27</sup>

Vigente até hoje, o Estatuto foi elaborado para se tornar em instrumento jurídico para fazer reforma agrária. Na prática o Estatuto é usado como um paliativo, para reduzir as tensões sociais no campo e não como o remédio para fazer a reforma agrária. É algumas vezes citado pela jurisprudência, por ocasião de desapropriações.

<sup>25</sup>LIRA, op.cit., p. 327.

<sup>26</sup>A Lei é de 1964, depois dela sobrevieram 20 anos de ditadura militar e mais quase outro tanto de governos neoliberais, que fizeram com que a reforma agrária, pensada como alteração da ordem fundiária, sempre contasse com a má vontade dos Governos e a fantástica pressão contrária do sistema. Talvez a lei nem tenha tido culpa! O fato é que mesmo com a Lei de 1964, omissa quanto à

consequência do não cumprimento da função social, era possível a interpretação de que uma terra sob domínio privado que não cumpra a função social não tem as garantias jurídicas do sistema. Em momento algum, porém, a elite jurídica nacional ousou admitir, ou sequer pensar nesta possibilidade. MARÉS, op. cit., p. 114.

<sup>27</sup>Ibidem, p. 113.



## 10. Constituição de 1967

A Constituição de 1967, de 24 de janeiro de 1967, utilizou pela primeira vez o termo “função social da propriedade”, como um dos princípios da ordem econômica:

Art. 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: III - função social da propriedade.

Para o Constitucionalista José Afonso da Silva um dos pontos positivos da Constituição de 1967 é o tratamento que deu a propriedade.

Em geral, é menos intervencionista do que a de 1946, mas, em relação a esta, avançou no que tange à limitação do direito de propriedade, autorizando a desapropriação mediante pagamento de indenização por títulos da dívida pública, para fins de reforma agrária. Definiu mais eficazmente os direitos dos trabalhadores<sup>28</sup>.

O texto da Constituição de 1967 durou pouco. O Brasil estava no auge de uma crise política, culminando com rompimento da ordem constitucional, pelo AI 5, de 12 de dezembro de 1968. O então Presidente da República Costa e Silva, acometido por uma súbita doença, foi declarado impedido temporariamente de exercer a Presidência, através do AI 12, de 31.08.1969, razão pela qual os Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar (usando das atribuições conferidas pelo artigo 3º do AI 16, de 14.10.1969, combinado com o § 1º do artigo 2º do AI 5), outorgaram a Emenda Constitucional n. 1 à Constituição de 1967. Para JOSÉ AFONSO:

Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil<sup>29</sup>.

<sup>28</sup>SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 87.

<sup>29</sup>Idem, ibidem.

Apesar de ter sofrido grandes modificações pela Emenda n. 1, no que diz respeito ao princípio da função social da propriedade, o texto permaneceu inalterado, embora o tenha renumerado e acrescentado à ordem econômica mais uma finalidade:

Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: III - função social da propriedade.

Analizando os textos da Constituição de 1967 e da EC n. 1 de 1969, GONDINHO ensina que:

Todavia, os dois Diplomas apenas incluíram a função social da propriedade como princípio de fundamentação da ordem econômica e social, mas sem lhe outorgar o posto de garantia fundamental do cidadão, como faz o atual texto constitucional. Essa diferença de tratamento significará profunda modificação no direito brasileiro<sup>30</sup>.

## 11. A função social e a usucapião

A Lei n. 6.969, de 10 de dezembro de 1981, disciplinou a aquisição, por usucapião especial, de imóveis rurais, reduzindo o prazo para da prescrição aquisitiva para cinco anos.

Percebe-se, sem maior esforço, a tendência contemporânea em prol da redução dos prazos, tornando a usucapião instituto mais rente com a dinâmica moderna e com o gradual término da exacerbação jurídica do individualismo<sup>31</sup>.

A Lei não faz menção à função social da propriedade, mesmo assim avança no fundamento da usucapião, como afirmou o saudoso professor CAIO MÁRIO, que ao fundamento ético da usucapião a tendência moderna imprime cunho nitidamente objetivo, considerando a função social da propriedade<sup>32</sup>.

<sup>30</sup>GONDINHO, André Osório, op. cit., p. 412.

<sup>31</sup>A sentença é de Luiz Edson Fachin. Op. cit., p. 73.

Um dado interessante na diminuição dos prazos para aquisição pela usucapião ao longo do tempo é que a Lei 2.437 de 07 de março de 1955 reduziu significativamente os prazos estabelecidos nos artigos 550 e 551 do Código Civil de 1916.

<sup>32</sup>PEREIRA, Caio Mario da Silva, apud FACHIN, Luiz Edison. A função social da posse e a propriedade contemporânea. Porto Alegre: SAFabris, 1988, p. 97.

SILVIO RODRIGUES dignifica a usucapião como um prêmio a quem ocupa a terra pondo-a a produzir:

É verdade que o verdadeiro proprietário perdeu seu domínio, contra a sua vontade. Mas, não é injusta a solução legal, porque o prejudicado concorre com sua desídia para a consumação de seu prejuízo. Em rigor o direito de propriedade é conferido ao homem para ser usado de acordo com o interesse social e, evidentemente, não o usa dessa maneira quem deixa sua terra ao abandono por longos anos.

Outros pontos altos da Lei 6969 foram os benefícios da justiça gratuita para o autor da ação de usucapião especial que a requeresse e da possibilidade da usucapião ser invocada como matéria de defesa (arts. 6º e 7º). Este último benefício representou enorme vantagem para o ocupante que figurasse como réu de ação de reivindicação ou reintegração de posse e que no decorrer da demanda fizesse prova da usucapião, permitindo que a sentença que reconhecesse a improcedência da ação, valesse como título para transcrição do domínio no Registro de Imóveis.

Atualmente, são várias as espécies de usucapião de bens imóveis, citando as seguintes: Extraordinária, Ordinária, Especial Rural, Especial urbana (individual)<sup>33</sup>, Especial urbana (coletiva) e Especial indígena.

## 12. A função social na Constituição de 1988

A função social da propriedade é elevada a garantia fundamental do cidadão a partir da Constituição de 05 de outubro de 1988 (art. 5º, XXIII), que a manteve como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, III).

Trouxe a Carta Magna, ainda, a efetivação da função social ao garantir em sua política urbana a possibilidade da aquisição originária pela usucapião, fazendo jus aquele que possuir por cinco anos ininterruptos e sem oposição, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural, conforme expresso em seu artigo 183.

<sup>33</sup>Com a nova espécie de usucapião especial urbana, denominada usucapião familiar (art. 1240-A, do CC, incluído pela Lei 12.424/2011).

A Constituição de 1988 estendeu a usucapião especial aos imóveis urbanos no artigo 191: “Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade”.

O artigo 184 da Constituição prevê a denominada desapropriação-sanção - por interesse social e para fins de reforma agrária -, quando o imóvel rural não esteja cumprindo sua função social.<sup>34</sup>

O artigo 185 da Constituição de 1988 dispõe que é insusceptível de desapropriação para fins de reforma agrária a propriedade produtiva (inc. II). Tal dispositivo foi criticado duramente por GONDINHO, pois aponta para o fato de que, para haver o afastamento da desapropriação-sanção para fins de reforma agrária, não basta que a propriedade seja produtiva, mas que o custo desta produção deva ser fundamentado nos demais valores fundamentais da Constituição<sup>35</sup> entre os quais, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa:

Dessa forma, custa-nos acreditar que a propriedade produtiva, cuja produção, por exemplo, esteja baseada no trabalho escravo infantil ou na devastação do meio ambiente, somente possa ser desapropriada mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Não nos parece que esta é a melhor solução frente ao texto constitucional<sup>36</sup>.

Em outro sentido, JOSÉ AFONSO DA SILVA entende que a propriedade produtiva somente poderá ser desapropriada pela modalidade prevista no art. 5º, XXIV, da Constituição (mediante prévia e justa indenização em dinheiro).

<sup>34</sup>Mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei, conclui o texto do artigo 184.

<sup>35</sup>Neste sentido é a lição do mestre Gustavo Tepedino: “(...) a propriedade produtiva, a que se refere o art. 185, torna insuscetível de desapropriação não a propriedade apenas economicamente produtiva, meramente especulativa - não a propriedade com a qual talvez tenham sonhado os autores desse dispositivo; mas a propriedade que, sendo produtiva, esteja efetivamente cumprindo a sua função social, cujo exercício possa ser associado à redistribuição de riqueza; que promova com a sua utilização os princípios fundamentais da República. Portanto, a ordem econômica prevista na Constituição não pode ser interpretada senão interligada aos seus princípios fundamentais, sob pena de aniquilar-se a técnica constitucional de fixação de princípios.” TEPEDINO, Gustavo apud GONDINHO, André Osório. Op. Cit., p. 416.

<sup>36</sup>Ibidem, 414.

Se ela produz, mas de modo irracional, inadequado, descumprindo a legislação trabalhista em relação a seus trabalhadores, evidentemente que está longe de atender a sua função social. Apesar disso, a Constituição estabeleceu que a lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social. De certo modo isso está previsto em relação a qualquer propriedade rural, pois é isso mesmo que significa a cláusula, constante do art. 186, ao estatuir que a função social será cumprida pela observância simultânea dos requisitos enumerados, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei. A proibição de desapropriação da propriedade produtiva, para fins de reforma agrária, com pagamento da indenização mediante títulos da dívida agrária, é a, a nosso ver, absoluta, sendo inútil procurar interpretação diferente com base em nossos desejos. Isso não seria científico<sup>37</sup>.

A análise do art. 185, II, ou seja, a verificação da produtividade deve ser conjugada com os requisitos para o cumprimento da função social da propriedade rural (sob pena da desapropriação-sanção do artigo 184) elencados no artigo 186, *verbis*:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

- I - aproveitamento racional e adequado;
- II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

O artigo 182 da Constituição cuida da função social da propriedade urbana, possibilitando ao Poder Público Municipal, exigir do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de parcelamento ou edificação compulsórios; de imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no

<sup>37</sup>SILVA, José Afonso da. Op. Cit., p. 796.

tempo e de desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

A Constituição de 1988 chegou trazendo as boas novas da democracia, após os longos anos de chumbo<sup>38</sup>, vivenciados pelo povo brasileiro. Em diversos dispositivos constitucionais o termo ‘função social’ foi citado. No entanto, a mudança do sistema parecia ser ignorada por muitos. É fato que alguns dispositivos prescindiam de regulamentação por leis posteriores<sup>39</sup>, mas o princípio da função social da propriedade se impôs, como um fruto saboroso da vitória perseguida ao longo dos tempos.

Em texto anterior ao Código Civil de 2002, o civilista GUSTAVO TEPEDINO, reclamou dos textos escritos por civilistas após a Constituição de 1988, pois mesmo tendo inovado bastante no aspecto da função social da propriedade, os autores limitavam-se apenas a incluir no texto mudanças pontuais e supressão de preceitos não recebidos pela Constituição. “Justifica-se, por isso mesmo, o exame da evolução legislativa brasileira a partir do Código Civil, de maneira a pôr em evidência a força transformadora do novo texto, estabelecendo os contornos da propriedade privada no ordenamento jurídico atual”<sup>40</sup>, argumentava sozinho o autor, como num chamado para que outros civilistas participassem da grande transformação trazida pela Constituição.

Outro ponto importante é que artigos 182 e 183 foram regulamentados pela Lei n. 10257, de 10 de Julho de 2001 (Estatuto das Cidades), que objetiva ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana,

<sup>38</sup>Anos de chumbo expressão usada para fazer referência ao período do Regime Militar ocorrido no Brasil entre 1964 e 1985, especialmente nos contextos em que se salientam a perseguição política, a repressão cultural ou a natureza ditatorial do regime, além de um combate surdo entre a extrema-esquerda e o aparelho do Estado dominado pela direita. Estava no contexto da Guerra Fria, uma disputa entre o mundo capitalista e o comunista. Alguns, entretanto, reservam a expressão “anos de chumbo” mais especificamente para o governo de Médici. A expressão “anos de chumbo”, usada pela Imprensa, é uma paráfrase do título em português de um filme da cineasta alemã Margarethe Von Trotta sobre a repressão ao grupo radical terrorista Baader-Meinhof nos anos 70. Foram provavelmente os anos mais obscuros da história recente do Brasil, com o maior grau de repressão política da história brasileira. Wikipédia, a enciclopédia livre. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Anos\\_de\\_chumbo](http://pt.wikipedia.org/wiki/Anos_de_chumbo)>. Acessado em: 17.03.2014.

<sup>39</sup>Entre as leis posteriores, que regulamentaram dispositivos constitucionais: Leis 8.171/91; 8.174/91; 8.257/91; 8.629/93; 8.884/94; 10.257/2001. LC 76/93; LC 88/96.

<sup>40</sup>TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 268. Buscando encontrar justificativa para o comportamento dos insensíveis civilistas, Gustavo Tepedino expõe, buscando base na rica contribuição de doutrinadores estrangeiros: “Os civilistas brasileiros, ainda hoje, reservam à norma ordinária o papel central no processo interpretativo. A prioridade e a imprescindibilidade da norma ordinária na aplicação da Constituição são proposições que se revelam mais que inquietantes: a primeira subverte a hierarquia do sistema, “incorrendo no frequente erro de ler a Constituição à luz do código, ao invés de ler o código à luz da Constituição”, a segunda, “herança da concepção tradicional”, não deveria ser hoje considerada mais do que um mero preconceito.

estabelecendo diversas diretrizes no artigo 2º. A referida lei reproduz, em seu artigo 9º, o que dispõe a Constituição sobre a usucapião de imóvel urbano.

### 13. A função social no Direito Constitucional Contemporâneo

O ordenamento jurídico brasileiro nos últimos anos sofreu uma verdadeira mudança de paradigma, especialmente no que tange à elevação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, ou seja, no seio de uma sociedade pós-positivista pretende-se que todos os homens sejam iguais e livres, rompendo com a arbitrariedade imposta por um direito-lei propulsor de grandes injustiças. A perspectiva no direito constitucional contemporâneo perpassa pela necessidade de aliar a vontade da sociedade à das leis constituídas.

A sociedade contemporânea caminha rumo à eficácia das normas constitucionais visando que as leis se adéquem à realidade social, ou seja, que possuam vida. Esta evolução decorre do direito constitucional contemporâneo (neoconstitucionalismo ou constitucionalismo pós-moderno), que apresenta um processo de releitura constitucional no qual alguns fenômenos vêm ocorrendo, notadamente no que se refere às interpretações conferidas à Carta Magna de 1988, como o da excessiva produção de reforma constitucional e o da mutação Constitucional<sup>41</sup>.

Em confronto com esses fenômenos está a supremacia do interesse público que apresenta valores jurídicos na contramão do anseio social, a exemplo das normas que proíbem a usucapião de bens públicos.

Assim, imaginemos a hipótese em que ocorra a desapropriação indireta por parte do poder público na construção de uma rodovia federal, onde a Administração Pública, sem qualquer declaração inicial sobre processo regular para a desapropriação, toma para si bem de particular. Imaginemos agora a hipótese de surgimento de comunidade em área considerada como pública, porém desafetada, onde os moradores possuam até mesmo iluminação pública

<sup>41</sup>Na lição de Pedro Lenza: “Reforma Constitucional seria a modificação do texto constitucional através dos mecanismos definidos pelo poder constituinte originário (emendas), alterando, suprimindo ou acrescentando artigos ao texto original. As mutações, por seu turno, não seriam alterações “físicas”, “palpáveis”, materialmente perceptíveis, mas sim alterações no significado e sentido interpretativo de um texto constitucional. A transformação não está no texto em si, mas na interpretação daquela regra enunciada. O texto permanece inalterado. As mutações constitucionais, portanto, exteriorizam o caráter dinâmico e de prospecção das normas jurídicas, por meio de processos informais”. LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 130.



e água. Nas duas hipóteses citadas como garantir o princípio constitucional da função social da propriedade?

É interessante vislumbrar que o direito a propriedade está essencialmente incorporado ao valor de liberdade, sendo, portanto, direito de primeira dimensão. E, não obstante estarmos diante de um intitulado Estado Democrático de Direito, em que tanto o particular, como o poder público devem se submeter às leis de um sistema de igualdade substancial, não seria um paradoxo o Estado se proteger sob o manto da imprescritibilidade de bens públicos, mas, de outro lado, estar chancelado para esbulhar aquilo que não lhe pertence?

A realidade prepondera sobre a pseudonorma jurídica positivada, uma mera abstração diante dos fatos reais, haja vista a necessidade e a evolução da sociedade moderna. É, no mínimo, insensatez privilegiar uma norma em detrimento da miserabilidade de cidadãos por razões jurídico-políticas, uma vez que na maioria dos casos as glebas de terras estatais servem apenas como moeda de troca de favores políticos. Chama atenção não só as garantias constitucionais estabelecidas, como também o fato de estarmos diante de uma nação com grande extensão territorial, mas que possui um contingente de cidadãos sem um local certo e digno para moradia.

## 14. Código Civil de 2002

Em 1969 o jurista Miguel Real foi convidado para elaborar o Projeto de Código Civil e respondeu que a tarefa deveria ser coletiva “por considerar o mundo contemporâneo incompatível com a vaidade de legisladores solitários”, razão pela qual sugeriu a composição de uma comissão que atendesse os seguintes requisitos: competência doutrinária; afinidade intelectual e que fossem juristas de diversos lugares do país “para prevenir acusações de bairrismo”. Foram escolhidos por Miguel Reale: JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES (Parte Geral), AGOSTINHO DE ARRUDA ALVIM (Direito das Obrigações), SYLVIO MARCONDES (Atividade Negocial), EBERT VIANNA CHAMOUN (Direito das Coisas), CLOVIS DO COUTO E SILVA (Direito de Família) e TORQUATO CASTRO (Direito das Sucessões).

O anteprojeto do Código Civil foi enviado ao Presidente da República Ernesto Geisel em 6 de junho de 1975 com a devida exposição de motivos assinada pelo Ministro da Justiça Armando Ribeiro Falcão e pelo Supervisor da Comissão Professor Miguel Reale. Em 10 de janeiro de 2002 é transformado na Lei 10.406/02 que

entrou em vigor no dia 11 de janeiro de 2003, quase trinta e três anos depois.

O Código Civil de 2002 pretendeu abandonar o caráter excessivamente individualista do Código de 1916, na lição de MIGUEL REALE “se procuramos corrigir sua vinculação aos valores de uma superada sociedade agrária, nem por isso deixamos de salvaguardar, sempre que possível, como já salientado, as suas disposições ainda válidas, especialmente com a conservação da Parte Geral, a qual foi mantida de acordo com a grande lição que nos vem de Teixeira de Freitas”<sup>42</sup>.

O Novo Código trouxe em seu bojo três princípios fundamentais: Eticidade, Operabilidade e Socialidade. Todos foram explicados por REALE:

ETICIDADE - Procurou-se superar o apego do Código de 1916 ao formalismo jurídico. “Não obstante os méritos desses valores técnicos, não era possível deixar de reconhecer, em nossos dias, a indeclinável participação dos valores éticos no ordenamento jurídico, sem abandono, é claro, das conquistas da técnica jurídica, que com aqueles deve se compatibilizar”.

OPERABILIDADE - Muito importante foi a decisão tomada no sentido de estabelecer soluções normativas de modo a facilitar sua interpretação e aplicação pelo operador do Direito<sup>43</sup>.

SOCIALIDADE - É constante o objetivo do novo Código no sentido de superar o manifesto caráter individualista da Lei vigente, feita para um País ainda eminentemente agrícola, com cerca de 80% da população no campo<sup>44</sup>. Se não houve a vitória do socialismo, houve o triunfo da “socialidade”, fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana. Por outro lado, o Projeto se distingue pela maior aderência à realidade contemporânea, com a necessária revisão dos direitos e deveres dos cinco principais personagens do Direito Privado tradicional: o proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testador<sup>45</sup>.

No campo da validade dos negócios e demais atos jurídicos, o parágrafo único do art. 2.035 do CC/2002 dispôs que nenhuma convenção prevalecerá se contra-

<sup>42</sup>REALE, Miguel. As diretrizes fundamentais do Projeto do Código Civil. Comentários sobre o Projeto do Código Civil brasileiro: Série Cadernos do CEJ. v. 20. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, 2002, p. 14.

<sup>43</sup>REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br>>. Acesso em: 25.03.2014.

<sup>44</sup>Ibid.

<sup>45</sup>Idem. As diretrizes fundamentais do Projeto do Código Civil. Comentários sobre o Projeto do Código Civil brasileiro: Série Cadernos do CEJ. v. 20. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, 2002, p. 10.

riar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

Em exposição de motivos do Código Civil, o Desembargador EBERT CHAMOUN analisou o perfil da propriedade esboçado por ele<sup>46</sup>:

“Longe de ser um direito absoluto e soberano, vale dizer, ao invés de se reconhecer no interesse do proprietário uma incondicional prevalência, de sorte que todos e quaisquer atos, ou omissões, de sua parte, estariam automaticamente legitimados, insiste-se em que o direito de propriedade deve desempenhar, mais do que quaisquer outros direito, uma função social, no sentido de que a ordem jurídica confere ao titular um poder em que estão conjugados simultaneamente o interesse do proprietário e o interesse social”.

O Código Civil de 2002 contempla a Usucapião nos artigos 1239 e 1240<sup>47</sup>, ambos debatidos na IV Jornada de Direito Civil do CJF/STJ, dando ensejo aos enunciados 312 e o 313, abaixo transcritos:

312 - Art.1.239. Observado o teto constitucional, a fixação da área máxima para fins de usucapião especial rural levará em consideração o módulo rural e a atividade agrária regionalizada.

313 - Arts. 1.239 e 1.240. Quando a posse ocorre sobre área superior aos limites legais, não é possível a aquisição pela via da usucapião especial, ainda que o pedido restrinja a dimensão do que se quer usucapir.

<sup>46</sup>CHAMOUN, Ebert. Exposição de Motivos do Esboço do Anteprojeto do Código Civil - Direito das Coisas. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, v. 23, 1970, p. 11.

<sup>47</sup>Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito previsto no parágrafo antecedente não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

## Considerações finais

Ainda que a maioria das pessoas ignore suas garantias constitucionais fundamentais, elas clamam pelos seus direitos de propriedade, mesmo que numa atitude inconsciente, mas inerente do ser humano que busca se fixar, constituir família, ter um lugar certo para adormecer. Este é o estilo de vida do homem de ontem, de hoje e de amanhã.

A história segue o seu curso. Com certeza a função social da propriedade é, por tempo indefinido, tema de grande importância no ordenamento jurídico pátrio<sup>48</sup>. A tendência é que a legislação sobre o tema continue evoluindo.

Modernamente a sociedade se insurge pelo cumprimento da função social pelo Estado<sup>49</sup> através da luta por aquisição de terras, maximização do princípio da dignidade da pessoa humana e das garantias constitucionais contempladas no artigo 5º, incisos XXII e XXIII. O Estado, em que pese os bens públicos, tem também o dever de respeitar a função social, o que não é aceito pela doutrina e jurisprudência dominante, impossibilitando a usucapião de um numerário extenso de terras improdutivas no Brasil. Diante de tal fato, existe uma crescente necessidade de releitura dos dispositivos constitucionais.

É acertado afirmar que um Estado Democrático de Direito deve primordialmente observar suas próprias leis estando, assim como os particulares, submisso a elas.

Enquanto não se pode prever o futuro, a evolução da função social da propriedade é realidade em diversas leis e na Constituição da República, que assegura expressamente o direito de propriedade, embora o cotidiano mostre que este direito não foi efetivado a todos os cidadãos.

## Referências

CAVALCANTE, José Luiz. **A Lei de Terras de 1850 e a reafirmação do poder básico do Estado sobre a terra**. Disponível em: <<http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br>>. Acessado em 30.03.2014

<sup>48</sup>A preocupação de GONDINHO é coerente: No que concerne à atividade da jurisprudência, dois riscos de impõem: o uso descomensurado do princípio, além de seu real alcance jurídico, ou a resistência empedernida de julgadores que, em verdadeira miopia jurídica, não conseguem enxergar normatividade no princípio em tela. Op. Cit., p. 422.

<sup>49</sup>Diversos dispositivos proíbem a usucapião de bens públicos.

CHAMOUN, Ebert. Exposição de Motivos do Esboço do Anteprojeto do Código Civil - Direito das Coisas. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara**, v. 23, 1970.

COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. In: . **Direito Empresarial: Estudos e Pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_. **A Constituição Mexicana de 1917**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/inedex.htm>. Acessado em 28.03.2014.

\_\_\_\_\_. **A Constituição alemã de 1919**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/alema1919.htm>>. Acessado em: 28.03.2014.

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Porto Alegre: SAFabris, 1988.

GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. LIRA, Ricardo Pereira. **Direito urbanístico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor.

PEREIRA, Caio Mario da Silva, apud FACHIN, Luiz Edison. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Porto Alegre: SAFabris, 1988.

REALE, Miguel. **As diretrizes fundamentais do Projeto do Código Civil**. Comentários sobre o Projeto do Código Civil brasileiro: Série Cadernos do CEJ. v. 20. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, 2002.

\_\_\_\_\_. **Visão geral do novo Código Civil**. Disponível em:

<<http://www.miguelreale.com.br>>. Acesso em: 25.03.2014.

\_\_\_\_\_. **As diretrizes fundamentais do Projeto do Código Civil.** Comentários sobre o Projeto do Código Civil brasileiro: Série Cadernos do CEJ. v. 20. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 2003. TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VEJA ON LINE. **Parado por 500 anos:** Reforma Agrária em profundidade. Disponível em: <[http://veja.abril.com.br/idade/exclusivo/reforma\\_agraria/historia.html](http://veja.abril.com.br/idade/exclusivo/reforma_agraria/historia.html)>. Acesso em 26.03.2014.

WIKIPÉDIA. **Anos de chumbo.** Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Anos\\_de\\_chumbo](http://pt.wikipedia.org/wiki/Anos_de_chumbo)>. Acessado em: 17.03.2014.

Artigo recebido em: 20.03.2014

Revisado em: 30.03.2014

Aprovado em: 15.04.2014

# INFORMAÇÕES SOBRE A REVISTA CIENTÍFICA AREL *FAAr - Amazon's Research and Environmental Law*

## MISSÃO

A Revista é de titularidade do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes - IESUR/FAAr. Sua missão é disseminar estudos e pesquisas inéditas realizadas na área do Direito, estabelecida em dezembro do ano de 2012, após aprovação no Conselho Superior do IESUR/FAAr (CONSUP).

## OBJETIVOS DA REVISTA

O objetivo da Revista AREL - *Amazon's Research and Environmental Law*<sup>16</sup> é a interrelação entre a ciência e a prática jurídica, em face da formação integral dos profissionais da área. Para efetivar o seu objetivo, buscam-se articulistas e/ou pesquisadores que investiguem as possíveis formas em que o Direito possa contribuir para a edificação da consciência social e a formação de valores em face das novas relações estabelecidas entre a Sociedade e o Estado.

## LINHA EDITORIAL

Projeta o desenvolvimento de estudos históricos, comparados e contemporâneos, através de duas linhas de pesquisa:

**Linha de Pesquisa I - Sociedade, Empresa e Sustentabilidade.**

Discutem-se as perspectivas de desenvolvimento empresarial, procurando novas formas de efetivação do desenvolvimento econômico-social e ambiental.

**Linha de Pesquisa II - Direitos Fundamentais e suas dimensões.**

Estudam-se as correlações e contribuições possíveis entre os Direitos Fundamentais e a realização da cidadania.

A linha editorial desenvolvida pela Revista, por vezes, busca o vértice comum entre as duas linhas de pesquisa. Nesses casos, busca discutir: os aspectos fenomenológicos da empresa e as características da sociedade onde se insere; e os efeitos da ineficácia social do Direito, a exclusão social e jurídica e a relação à

---

<sup>16</sup>Disponível em: <<http://www.faar.edu.br/portal/revistas/ojs/index.php/arel-faar/index>>. Acesso em 05 mai. 2013. A revista AREL oferece acesso livre imediato ao seu conteúdo, seguindo o princípio de que disponibilizar gratuitamente o conhecimento científico ao público proporciona maior democratização mundial do conhecimento. Adota a licença Creative Commons (atribuição - uso não comercial - não a obras derivadas: by-nc-nd). Utiliza o Open Journal Systems, sistema de código livre gratuito para a administração e a publicação de revistas, desenvolvido com suporte e distribuição pelo Public Knowledge Project sob a licença GNU General Public License.



dignidade da pessoa humana com a sustentabilidade, procurando contribuir de alguma forma para as discussões científicas em torno do exercício do poder político e da Justiça.

## FORMATO DOS NÚMEROS DA REVISTA

Todos os números deverão publicar, no mínimo, cinco artigos científicos, que versem sobre as linhas de pesquisa: I - Empresa, sociedade e sustentabilidade; II - Direitos Fundamentais e suas dimensões, ou o seu cruzamento.

A Revista prioriza a publicação de textos científicos inéditos, a saber: artigos científicos, resenhas e análise de jurisprudências<sup>17</sup>. A Revista é disponibilizada na plataforma OJS, de forma a facilitar aos leitores o acesso ao seu conteúdo.

## PROCEDIMENTOS PARA PUBLICAÇÃO OU DIRETRIZES AOS AUTORES

A Revista Científica AREL FAAR - Amazon's Research and Environmental Law, ISSN n. 2317-8442, recebe ARTIGOS NACIONAIS E ESTRANGEIROS, RESENHAS e ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIAS, com as seguintes características:

### 1. Redação - Diretrizes básicas

1.1. A redação da produção bibliográfica, quando em nosso Idioma, deve estar conforme as regras do novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa e quando em língua inglesa deve estar em conformidade com as respectivas regras ortográficas;

1.2. As produções bibliográficas podem ser publicados em português ou inglês.

1.3. As referências nacionais ou estrangeiras devem ser consistentes e mostrar o posicionamento dos doutrinadores sobre o tema.

### 2. Elementos estruturadores básicos

2.1. Os artigos deverão ser inéditos e atuais, escritos em português ou inglês, e atender ao seguinte conteúdo e nesta ordem: título, título em inglês, resumo (em português), palavras-chave, abstract (resumo em inglês), keywords (palavras-chaves em inglês), introdução (não deve vir numerada), desenvolvimento (dividido em itens numerados), considerações finais (não deve vir numerada) e referências (não numerada e em ordem alfabética);

<sup>17</sup>A Revista pode publicar, se houve interesse científico institucional: resumo de teses e dissertações; traduções de textos não disponíveis em língua portuguesa; relatórios de pesquisa, na forma de Empirical Research Review, estudos estatísticos ou estudo de casos; debates científicos; comentários jurídicos; transcrição de palestras, e outros relevantes à área do Direito, desde que seja regulamentado o modus operandi.

2.2. O título do artigo deve estar em português e em inglês), centralizado na página, com letra maiúscula e em negrito - fonte 16;

2.2.1. Os subtítulos, quando existirem, devem ser concisos e vir claramente indicados - fonte 12;

2.3. Os capítulos, subcapítulos e demais subdivisões do artigo devem estar em letras minúsculas, em negrito, numerados de forma progressiva - fonte 12.

2.4. O artigo deve conter 'Resumo' em português e 'Abstract' em inglês, ressaltando no conteúdo do texto os objetivos, a metodologia e a síntese das considerações finais. Fonte times new roman, corpo 11, espaçamento simples (1,0), máximo de 200 palavras;

2.5. O artigo deve indicar de três a cinco palavras-chave, podendo conter expressões representativas do tema, em português, inglês e no idioma de origem, se for o caso, refletindo as ideias elementares do texto e que possam auxiliar a pesquisa de terceiros interessados.

2.6. As RESENHAS poderão ser críticas ou descritivas de obras na lingual portuguesa ou inglesa sobre temas pertinentes às linhas de pesquisa da Revista.

2.6.1. Deverão ser inéditas e atuais, escritas em português ou inglês, e atender ao seguinte conteúdo e nesta ordem: nome resenha em português e inglês, título em português ou inglês da obra em análise, elaboração de texto no format dissertação contend: introdução, desenvolvimento e conclusão em texto corrido, podendo ter ou não referências (não numerada e em ordem alfabética); deve indicar as palavras-chave da obra analisada.

2.6.2. O título da obra deve estar no alinhamento justificado e na forma apresentada na ficha catalográfica da obra analisada.

2.7. As ANÁLISES DE JURISPRUDÊNCIAS deverão atender ao seguinte conteúdo e nesta ordem: título, título em inglês, resumo (em português), palavras-chave, abstract (resumo em inglês), keywords (palavras-chaves em inglês), introdução (não deve vir numerada), desenvolvimento (apresentando e analisando os julgados), considerações finais (não deve vir numerada) e referências (não numerada e em ordem alfabética);

2.7.1. O título da análise de jurisprudências deve estar em português e inglês (conforme o caso), centralizado na página, com letra maiúscula e em negrito - fonte 16;

### **3. Outras regras de formatação**

3.1. Os artigos devem ter no mínimo 10 e no máximo de 30 páginas;

3.2. As resenhas e as análises jurisprudenciais devem ter no mínimo 2 e no máximo 10 páginas;

3.3. Os artigos, as resenhas e as análises de jurisprudências devem ser digitados no editor de texto Microsoft Word, em formato A4 (21,0 x 29,7 cm), posição vertical, fonte Times New Roman, corpo 12; alinhamento justificado (sem separação de sílabas), com espaçamento entre linhas de 1,5 cm;

3.4. O Layout da página deve ter margens superior e inferior de 2,5 cm e margens esquerda e Direita de 3,0 cm;

3.5. O parágrafo deve ter espaçamento posterior e anterior de 0 ponto. O recuo dos parágrafos deve ter 1,25cm;

3.6. Quando for necessária a utilização de siglas e abreviaturas, estas deverão ser introduzidas entre parênteses, logo após o emprego do referido termo na íntegra quando do seu primeiro aparecimento no texto. A partir da primeira menção o autor poderá utilizar somente a sigla ou abreviatura. As siglas e abreviaturas inseridas em tabelas ou ilustrações devem possuir definição nas suas respectivas legendas.

### **4. Referências, Notas e Citações**

4.1. As referências deverão conter todos os dados necessários à identificação das obras e estar em ordem alfabética da primeira letra do Sobrenome do Autor e constar em lista não numerada no final do artigo. No artigo o item deve ser denominado “Referências”, seguindo as normas vigentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT - NBR 6023 - Informação e Documentação - Referências - Elaboração. / Ago. 2002);

4.1.1. As referências de obras e documentos consultados devem ser feitas apenas se efetivamente tiverem sido citadas no artigo, uniformizadas, seguindo as normas vigentes da ABNT;

4.2. As citações bibliográficas devem ser feitas de acordo com as normas da ABNT (NBR 10520 - Informação e Documentação - Citações em documentos - Apresentação/ Ago. 2002), adotando-se preferencialmente o sistema autor-data.

4.2.1. Se houver mais de uma obra do mesmo autor citado no mesmo ano, devem ser utilizadas letras para distingui-los. Exemplo: Nunes (2013a). A organização alfabética será a do nome dos artigos ou obras do autor naquele mesmo ano.

4.3. As notas não bibliográficas devem ser colocadas no rodapé, utilizando-se de fonte tamanho 10, ordenadas por algarismos arábicos que deverão aparecer imediatamente após o segmento do texto ao qual se refere a nota.

4.4. Os artigos submetidos que contiverem partes de texto extraídas de outras publicações deverão obedecer aos limite de 200 palavras para garantir originalidade do trabalho submetido. Recomenda-se evitar a reprodução de tabelas e ilustrações extraídas de outras publicações. O artigo que contiver reprodução de uma ou mais tabelas e/ou ilustrações de outras publicações deverá ser encaminhado para análise acompanhado de permissão escrita do detentor do direito autoral do trabalho original endereçada ao autor, especialmente para o artigo submetido à Revista;

4.5. As citações textuais pequenas (de até três linhas) deverão ser inseridas no corpo do artigo, entre aspas duplas e sem itálico. As citações textuais longas (com mais de três linhas) devem ser destacadas em parágrafo independente com recuo de 4 cm da margem esquerda, com corpo 11, com o espaçamento simples, sem aspas.

## 5. Submissão

5.1. Os artigos, resenhas e análises de jurisprudências devem ser submetidos a revisão de linguagem e digitação, e, constar a data de sua elaboração antes de serem encaminhados para a Revista.

5.2. Cada autor (individualmente ou em coautoria) poderá submeter apenas um artigo por ano na Revista;

5.2.1. A coautoria é limitada ao máximo de dois autores;

5.3. O arquivo submetido pelo autor (Artigos Nacionais ou Estrangeiros, Resenhas e Análise Jurisprudenciais) deve ser apresentado sem a identificação do(s) autor(es) no corpo do trabalho.

5.4. Em arquivo apresentado na plataforma OJS, junto com a autorização expressa para publicação, os autores de textos (individuais ou em coautoria) deverão indicar, o nome completo, o nome e a sigla da instituição a qual estão ligados, cidade, estado, país, cargo, endereço eletrônico para correspondência (e-mail), bem como o endereço completo e telefones de contato.

5.5. O arquivo submetido não poderá estar sob avaliação para publicação em outro periódico e nem durante o processo de avaliação da Revista, sob pena de ser desclassificado.

5.6. Os artigos assinados são de responsabilidade exclusiva dos autores. O conteúdo do artigo assinado não reflete a opinião da Revista;

5.7. No momento da submissão da produção bibliográfica à Revista, haverá a concordância da declaração de cessão de direitos autorais na plataforma OJS.

5.8. Os envios dos trabalhos serão considerados participações voluntárias e gratuitas dos autores, com os direitos autorais cedidos para a Revista.

5.9. Os autores devem preencher as condições de submissão especificadas nestas diretrizes para terem os seus trabalhos avaliados.

5.10. Os autores serão notificados sobre o resultado da avaliação de seus artigos ou resenhas através de e-mail.

5.11. As submissões que não estiverem de acordo com as normas serão devolvidas aos autores para as devidas retificações antes do processo de avaliação.

5.12. A produção bibliográfica para publicação na Revista pode ser submetida em fluxo contínuo ou atendendo as datas especificadas pela CHAMADA DE PUBLICAÇÃO.

## **NORMAS PARA A APRESENTAÇÃO DE TRABALHOS À REVISTA OU PARA A SUBMISSÃO ON LINE**

Como parte do processo de submissão, os autores são obrigados a verificar a conformidade da submissão em relação a todos os itens listados acima (procedimentos para publicação ou diretrizes aos autores) e declararão em formulário eletrônico na plataforma OJs que:

1. A contribuição é original e inédita, e não foi publicado em anais de congress, seminaries, colóquios ou similares e não está sendo avaliada para publicação por outra revista; caso contrário, deverá justificar em “Comentários ao editor”.

2. O arquivo da submissão está em formato Microsoft Word ou RTF.

3. Os URLs para as referências foram informadas, quando possível.

4. O texto segue os padrões de estilo e requisitos bibliográficos descritos em Diretrizes para Autores, na página Sobre a Revista.

5. As instruções de anônimo do arquivo submetido para assegurar a avaliação Double Blind Peer Review foram seguidas.

6. A Declaração de Direito Autoral, contendo a AUTORIZAÇÃO DE PUBLICAÇÃO E CESSÃO DE DIREITOS AUTORAIS.

7. A concessão não terá caráter de ônus para o Conselho Editorial da Revis-

ta. Ou seja, não haverá pagamento pela utilização do referido material, tendo a possível publicação o caráter de colaboração. O autor compromete-se a assegurar o uso e gozo da obra à Revista, que poderá explorá-la com exclusividade nas edições que fizer.

8. O autor tem ciência de que:

a) A publicação desta obra poderá ser recusada, caso o Conselho Editorial da Revista, não considere conveniente sua publicação, seja qual for o motivo. Este cancelamento não acarretará responsabilidade a qualquer título por parte do Conselho Editorial; e

b) Os editores, juntamente com o Conselho Editorial, reservam-se o direito de modificar o texto - quando necessário, sem prejudicar o conteúdo -, com o objetivo de uniformizar a apresentação dos materiais publicados.

## **PROCEDIMENTOS UTILIZADOS PARA ANÁLISE E APROVAÇÃO DOS ARTIGOS (DOUBLE BLIND PEER REVIEW) NA REVISTA**

### **1. Procedimentos de avaliação**

1.1. Todas as produções serão avaliadas pelo sistema Double Blind Peer Review, salvo as submissões que não estiverem de acordo com as normas de publicação ou diretrizes aos autores, que serão devolvidas para as devidas retificações antes de iniciar o procedimento de submissão aos avaliadores.

1.2. Todos os arquivos serão analisados por 02 (dois) pareceristas externos ad hoc, bem como pelo Conselho Editorial. E, em caso de controvérsia, haverá análise de um terceiro parecerista “ad hoc”.

1.2.1 Todos os pareceristas e conselheiros pertencentes à Revista são professores doutores.

1.3. Os pareceres emitidos pelos pareceristas “ad hoc” são elaborados no formato do formulário disponibilizado na Revista dentro da página das “Diretrizes aos Autores”, disponível no endereço: <<http://www.faar.edu.br/portal/revistas/ojs/index.php/arel-faar/manager/previewReviewForm/1>>.

1.3.1. Na avaliação dos pareceristas “ad hoc” são observados os seguintes critérios:

- a) Fundamentação teórica e conceitual adequada ao tema escolhido;
- b) relevância e pertinência e atualidade no tema objeto do artigo;
- c) consistência metodológica de pesquisa e o cumprimento da lista de diretri-



zes aos autores - normas da ABNT e das normas específicas da Revista; e

d) formulação do artigo em linguagem correta, clara e concisa seja em língua portuguesa seja em língua estrangeira.

1.3.2. Ao final, da avaliação será apontado se a produção bibliográfica será:

a) aceita sem restrições;

b) aceita com proposta de alteração; e

c) rejeitada.

1.4 A decisão dos pareceristas “ad hoc” escolhidos pelo Conselho Técnico Científico, especialmente o Editor Chefe ou o Editor Adjunto será submetida ao Conselho Editorial para referendo ou não.

1.4.1 A decisão do Conselho, em colegiado, será por decisão majoritária dos presentes, com o quorum mínimo será de dois conselheiros, que não for o Presidente do Conselho Editorial, pois lhe é vedado votar na reunião do colegiado.

1.4.2. A convocação da reunião do Conselho Editorial é realizada por e-mail pelo Presidente do Conselho Editorial, obrigatoriamente 15 dias antes de sua realização.

1.4.3. A reunião do Conselho Editorial poderá ser realizada nas dependências do IESUR/FAAR ou no ambiente virtual, por meio da ferramenta de vídeo ou teleconferência do “Skype”, software criado em 2003 que permite a conexão de pessoas em rede.

1.4.3.1. Os termos da ata da reunião do Conselho poderão ser transcritos ou gravados, conforme a decisão do Presidente do Conselho, ao qual compete a relatoria da reunião.

1.4.4. O colegiado com os Conselheiros presentes decidirá quais os artigos submetidos e avaliados pelos pareceristas “ad hoc” para o número do volume da Revista estão de acordo com a missão, os objetivos da Revista e a linha editorial, além de conferir se:

a) o autor preencheu o termo de aceitação das normas da Revista, declarando não ter apresentado o artigo, na íntegra, em nenhum outro veículo de informação nacional ou internacional; a declaração de cessão de direitos autorais, ambas apresentadas no sistema OJS, no momento da submissão; e

b) se houver necessidade, se há a emissão de autorização ou declaração de direitos cedidos por terceiros, caso reproduza figuras, tabelas ou texto no percentual de mais de 200 palavras de obra publicada no sistema OJS, no momento da submissão.



1.4.4. Após as deliberações, para cada artigo submetido e previamente avaliado pelos pareceristas “ad hoc”, três decisões podem ser emitidas pelo Conselho Editorial da Revista, gerando os seguintes efeitos:

a) “Aceitação sem restrição” - o Editor Chefe ou o Editor Adjunto comunicará a decisão ao autor, por e-mail, preferencialmente, no prazo de 30 dias após a submissão do artigo à Revista Científica. Na comunicação será juntado um resumo do teor das decisões dos pareceristas “ad hoc” e do Conselho Editorial;

b) “Aceitação com proposta de alteração”, o Editor Chefe ou o Editor Adjunto comunicará a decisão ao autor, por e-mail, preferencialmente, no prazo de 30 dias após a submissão do artigo à Revista Científica. Na comunicação será juntado o teor dos pareceres tanto dos pareceristas “ad hoc” quanto do Conselho Editorial, incluindo as propostas de alterações ou qualquer outra sugestão cabível a melhoria do conteúdo e da forma do artigo, preservando o anonimato. b.1) Os arquivos que necessitarem de modificações serão devolvidos aos autores, com as respectivas sugestões para alteração.

b.2) As alterações solicitadas são de responsabilidade exclusiva do autor e serão novamente submetidas aos pareceristas “ad hoc” que sugeriram as propostas de alterações.

c) “Rejeição”, o Editor Chefe ou o Editor Adjunto comunicará a decisão ao autor, por e-mail, preferencialmente, no prazo de 30 dias após a submissão do artigo à Revista Científica. Na comunicação será declarado o não interesse em publicar, preservando o anonimato.

c.1) A Revista reserva-se o direito de não avaliar e rejeitar ad nutum os trabalhos enviados fora da linha editorial.

1.5. Havendo a submissão de produção bibliográfica por qualquer parecerista “ad hoc” ou membro do Conselho Editorial ou do Conselho Técnico Científico, será vedada a participação do autor em qualquer ato interno do número da Revista, sob pena de declassificação por conflito de interesse.

## **2. Publicação**

2.1. Após o processo de avaliação, serão publicados as produções bibliográficas que forem aprovadas pelos pareceristas “ad hoc” e referendadas pelo Conselho Editorial, em colegiado por voto da maioria dos presentes.

2.2. Se a produção bibliográfica for aceita para publicação, a mesma será publicada com a identificação do autor próximo ao título quanto a sua titulação e

filiação institucional e em nota-de-rodapé, constará o nome e a sigla da instituição a qual está ligado, cidade, estado, país, cargos e demais atuações do autor, além do endereço eletrônico para correspondência (e-mail).

#### CHAMADA PÚBLICA PARA PUBLICAÇÃO NO NÚMERO 3 VOLUME 2 DA REVISTA AREL FAAR

Embora a Revista Científica AREL FAAR - Amazon's Research and Environmental Law, ISSN n. 2317-8442, seja de fluxo contínuo, o seu Conselho Editorial, está recebendo artigos para o número 3 volume 2, que serão publicados em maio deste ano.

As temáticas estão vinculadas à área de concentração da Revista “Direito Público Contemporâneo” e às Linhas de pesquisa “Empresa, sociedade e sustentabilidade” e “Direitos Fundamentais e suas dimensões”.

Os interessados devem submeter seus artigos até o dia 20 de julho de 2014 pelo endereço: <http://www.faar.edu.br/portal/revistas/ojs/index.php/arel-faar/about/submissions#onlineSubmissions>.

Os artigos deverão estar em conformidade com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e as regras específicas da Revista apresentadas no endereço: <http://www.faar.edu.br/portal/revistas/ojs/index.php/arel-faar/about/submissions#onlineSubmissions>.