

COORDENADORES

FERNANDO ARAÚJO
MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO

ORGANIZADORES

LUCIANO CAMPOS DE ALBUQUERQUE
VIVIAN AMARO CZELUSNIAK



EM BUSCA DOS
**CAMINHOS JURÍDICOS
E ECONÔMICOS PARA A
SUPERAÇÃO DA CRISE**

COORDENADORES

FERNANDO ARAÚJO
MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO

ORGANIZADORES

LUCIANO CAMPOS DE ALBUQUERQUE
VIVIAN AMAFRO CZELUSNIAK

EM BUSCA DOS
CAMINHOS JURÍDICOS
E ECONÔMICOS PARA A
SUPERAÇÃO DA CRISE

PUCPRESS 

Curitiba

2016

© 2016, Fernando Araújo e outros
2016, Editora Universitária Champagnat

Este livro, na totalidade ou em parte, não pode ser reproduzido por qualquer meio sem autorização expressa por escrito da Editora.

Editora Universitária Champagnat

Coordenação: Michele Marcos de Oliveira
Editor: Marcelo Manduca
Edição e preparação de originais: Ísis
Casagrande D'Angelis
Revisão: Amanda Rodrigues Soares
Editora de arte: Solange Eschípio
Capa: Janete Yun e Rafael Matta Carnascialli
Projeto gráfico: Janete Yun
Diagramação: Gustavo Barreiros Slomecki e
Solange Eschípio

Conselho Editorial

Auristela Duarte de Lima Moser
Eduardo Biacchi Gomes
Jaime Ramos
Joana Paulin Romanowski
Lorete Maria da S. Kotze
Rodrigo Moraes da Silveira
Ruy Inácio Neiva de Carvalho
Vilmar Rodrigues Moreira
Zanei Ramos Barcellos

Editora Universitária Champagnat

Rua Imaculada Conceição, 1155 - Prédio da Administração - 6º andar
Câmpus Curitiba - CEP 80215-901 - Curitiba / PR
Tel. (41) 3271-1701
editora.champagnat@pucpr.br – www.editorachampagnat.pucpr.br

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

E53 Em busca dos caminhos jurídicos e econômicos para a superação da crise /
2016 (organizadores), Fernando Araújo... [et al.]. – Curitiba : PUCPress, 2016.
360 p. : il. ; 23 cm.

Vários autores
ISBN 978-85-68324-21-9 (Brasil)
ISBN 978-989-20-6317-1 (Portugal)

1. Direito econômico. 2. Agências reguladoras de atividades privadas. 3. Crise econômica. I. Araújo, Fernando.

Doris 4. ed. – 341.378

Sumário

APRESENTAÇÃO

PARTE I: DIREITO, ECONOMIA E POLÍTICAS PÚBLICAS

1. A superação da crise por meio da extrafiscalidade tributária: uma experiência Brasileira.....	15
<i>Oksandro Osdival Gonçalves</i>	
1.1 Introdução.....	15
1.2 A crise mundial.....	16
1.3 A extrafiscalidade tributária Brasileira.....	22
1.4 A política Brasileira de utilização da extrafiscalidade para superar a crise.....	24
1.5 Conclusão.....	31
2. Políticas públicas: proteção e incentivo ao consumo no Brasil.....	35
<i>Antônio Carlos Efig, Guilherme Misugi e Leonardo Gureck Neto</i>	
2.1 Introdução.....	35
2.2 O consumo e o desenvolvimento socioeconômico.....	36
2.3 Políticas públicas voltadas ao enfrentamento da desigualdade social.....	43
2.4 Análise de algumas políticas públicas adotadas para proteção e incentivo ao consumo no Brasil.....	50
2.5 O incentivo ao consumo como fator de desenvolvimento socioeconômico.....	55
2.6 Conclusão.....	58
3. A reforma do estado de bem-estar social.....	63
<i>Paula Vaz Freire</i>	

3.1	Introdução.....	63
3.2	Conceitos essenciais	64
3.3	Modelos de estado de bem-estar social	66
3.4	Evolução e sustentabilidade do <i>Welfare state</i>	70
3.5	Conclusão: recalibrar o estado De bem-estar social.....	73
4.	O papel do direito nas políticas públicas para a inovação.....	77
	<i>Vivian Amaro Czelusniak e Marcia Carla Pereira Ribeiro</i>	
4.1	Introdução.....	77
4.2	Inovação.....	79
4.3	Políticas públicas para a inovação no Brasil.....	82
4.4	O direito é impulsionador de políticas públicas?.....	86
4.5	Avaliações das políticas públicas para a inovação.....	91
4.6	O direito e as políticas públicas para a inovação.....	98
4.7	Conclusão.....	102

PARTE II: ORGANIZAÇÕES EMPRESARIAIS, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

5.	Poder de controle interno nas S.A. como instrumento de superação das crises econômicas.....	109
	<i>Edson Isfer</i>	
5.1	Introdução.....	109
5.2	Premissas	110
5.3	Questões controvertidas	110
5.4	Institucionalismo x contratualismo	110
5.5	Institucionalismo publicista	111
5.6	Institucionalismo organizativo	113
5.7	Nexos de contratos	114
5.8	O fortalecimento da administração	116
5.9	Os administradores e o controle indireto pelos majoritários.....	120
5.10	Opções adotadas pelo legislador Brasileiro	122
5.11	Legislação não estatal: BM&FBovespa – novo mercado.....	129
5.12	Conclusão.....	132
6.	Formas consensuais de solução de controversias para a eficiência da administração pública.....	135
	<i>Luciano Elias Reis e Emerson Gabardo</i>	

6.1	Introdução.....	135
6.2	Eficiência como um dever-poder à atuação administrativa.....	136
6.3	A consensualidade no atual direito administrativo.....	144
6.4	A resolução de controvérsias e suas formas consensuais para eficiência da administração	150
6.5	Conclusão.....	155
7.	O que significa livre concorrência no campo das contratações públicas?.....	159
	<i>Luciano Taques Ghignone</i>	
7.1	Introdução.....	159
7.2	A consagração normativa da livre concorrência.....	160
7.3	O tratamento doutrinário e jurisprudencial da livre concorrência nas contratações públicas.....	162
7.4	Alguns apontamentos da economia sobre a livre concorrência.....	168
7.5	A livre concorrência como vedação de práticas anticompetitivas decorrentes da cobrança de um preço de monopólio.....	178
7.6	Conclusão.....	182
8.	Modelos alternativos de provisão num contexto de crise e redução do “Espaço orçamental”: Em particular, o caso das parcerias público-privadas.....	185
	<i>Nazaré da Costa Cabral</i>	
8.1	Introdução: conceito e elementos caracterizadores das parcerias público-privadas (ppp).....	185
8.2	Vantagens e desvantagens do recurso às ppp.....	187
8.3	Enquadramento contabilístico, estatístico e orçamental das ppp.....	190
8.4	A crise financeira de 2008-2009 e seu impacto sobre as ppp.....	194
8.5	A Europa e as respostas aos efeitos da crise sobre as ppp.....	196
8.6	Portugal e as ppp: o impacto da crise.....	198
8.7	Conclusão.....	200
9.	A resolução extrajudicial de conflitos por entidades reguladoras em Portugal, à luz da nova lei-quadro das entidades reguladoras.....	203
	<i>Nuno Cunha Rodrigues</i>	

9.1	Introdução.....	203
9.2	O novo modelo organizacional das entidades reguladoras.....	206
9.3	A resolução extrajudicial de conflitos por entidades reguladoras.....	208
9.4	Conclusão.....	215

PARTE III :DIREITO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

10.	A funcionalidade da arbitragem para a resolução de conflitos individuais e transindividuais.....	217
	<i>Elton Venturi</i>	
10.1	Introdução.....	217
10.2	A visão funcional (instrumental) da arbitragem.....	219
10.3	A opção regulatória da arbitragem.....	227
10.4	Releitura conceitual da arbitragem.....	230
10.5	Arbitragem coletiva no Brasil?.....	233
11.	A análise econômica da responsabilidade civil.....	239
	<i>Thaís G. Pascoaloto Venturi</i>	
11.1	Introdução.....	239
11.2	Análise econômica da responsabilidade civil: a prevenção dos danos.....	242
11.3	Apontamentos acerca do papel da responsabilidade civil e da regulação pública sob a ótica da análise econômica.....	253
12.	Novas tendências da responsabilidade civil: danos ambientais, danos morais ambientais e danos às gerações.....	265
	<i>Carla Amado Gomes</i>	
12.1	Introdução.....	265
12.2	Fins da responsabilidade civil (extracontratual).....	266
12.3	Modelos de imputação.....	266
12.4	Objecto.....	268
12.5	Métodos de reparação.....	269
12.6	Lesados.....	272
12.7	Dano.....	274

13. Desafios econômicos do processo de execução: a contribuição luso-Brasileira.....	279
<i>Fabio Caldas de Araújo</i>	
13.1 O processo de execução e a economia de mercado.....	279
13.2 O processo civil constitucional e a tutela executiva adequada.....	281
13.3 O cumprimento de sentença e a harmonização procedimental.....	284
13.4 Conclusão.....	294
14. Desígnios do “novo” Código de Processo Civil português.....	297
<i>José Luís Bonifácio Ramos</i>	
14.1 Introdução: o processo civil perante os desígnios do século xxi.....	297
14.2 A reforma do cpc: pressupostos e metodologia.....	299
14.3 A mistificação do “novo” cpc português.....	305
14.4 Alterações paradigmáticas?.....	312
14.5 Conclusão: interrogações relativas aos desígnios da reforma.....	321
15. Reflexos da insegurança jurídica e precedentes judiciais vinculantes: uma abordagem sumária e econômica.....	327
<i>Ruy Alves Henriques Filho</i>	
15.1 Introdução.....	327
15.2 A atividade jurisdicional: interpretação e/ou criação do direito – reflexos econômicos.....	328
15.3 A crise da insegurança jurídica: a difícil equação previsibilidade x efetividade do direito.....	339
15.4 Os precedentes judiciais: solução ou engessamento do sistema?.....	349
15.5 Conclusão.....	352
SOBRE OS AUTORES.....	358

Apresentação

Desde 2008, ano em que se desencadeou uma crise financeira, iniciada nos Estados Unidos da América e que afetou a economia de diversos países, especialmente os desenvolvidos e em desenvolvimento, experimenta-se um período de baixa capacidade de crescimento econômico, inclusive em várias nações europeias. A interdependência econômica fez com que muitos outros fossem atingidos pela crise global, em maior ou menor grau, dependendo de seus relacionamentos com os mercados internacionais e de suas políticas econômicas internas, e não há como identificar os países absolutamente isentos dos efeitos dessa crise.

Especialmente os países com economias pautadas na exportação de *commodities* e produtos industriais com baixo uso de tecnologia sentiram pesadamente tais efeitos, consequência da parca margem de autonomia da política econômica dessas localidades, como é o caso do Brasil. Os efeitos danosos repercutem em várias esferas, inclusive com o aumento da desigualdade social e do desemprego, a redução da qualidade de vida das pessoas, assim como a de seus benefícios e salários, entre outros.

O cenário tornou-se propício às inquietações sobre os limites da regulamentação e da fiscalização das instituições e uma maior

atividade legislativa ganhou fôlego a partir da crise. Mas, mesmo após vários anos, percebe-se que a economia do mundo ainda segue fragilizada. Pensa-se, agora, em medidas para aumentar os ativos desses países e melhorar sua capacidade de investimentos, de modo a retomar e sustentar um ritmo de expansão econômica com menores consequências sociais nocivas. Muitas dessas iniciativas passam pelo estudo das normativas vigentes e das que podem vir a ser desenvolvidas.

Com o objetivo de discutir as causas e consequências da crise econômica mundial e as possíveis soluções para sua superação, no que diz respeito a Brasil e Portugal, nos dias 13, 14 e 15 de novembro de 2013, ocorreu o “Encontro Luso-Brasileiro: Em Busca dos Caminhos Jurídicos e Econômicos para a Superação da Crise”, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (UL, Portugal). O evento buscou a troca de experiências e informações entre pesquisadores das áreas jurídica e econômica dos dois países.

Sob a coordenação do professor doutor Fernando Araújo (UL) e da professora doutora Marcia Carla Pereira Ribeiro (PUCPR e UFPR), o Encontro foi realizado a partir de uma parceria entre a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa — Instituto do Direito Brasileiro (Gestão Fernando Araújo), o Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), o Núcleo de Direito Empresarial Comparado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR), o Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional e Agronegócio da Universidade Estadual do Oeste do Paraná (Unioeste) e a Escola da Magistratura do Paraná (EMAP), contando com o apoio da Associação Paranaense de Direito e Economia (ADEPAR).

Em decorrência das profícuas discussões ocorridas em Lisboa, a presente obra foi organizada de forma a reunir diversos artigos de pesquisadores presentes no referido evento, contando, ainda, com textos de autores convidados, que escreveram sobre a mesma temática. Há uma diversidade de pensamentos advindos desses profissionais – que partilham seus conhecimentos adquiridos ao longo de anos na docência e também na prática jurídica em diferentes

segmentos –, a qual é apresentada de forma atualizada e contextualizada na realidade enfrentada pelos dois países. Destaca-se que a publicação congrega, também, o resultado de diversos estudos realizados pelos grupos de pesquisa da UL, da PUCPR e da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS), configurando importante meio de divulgação das prospecções realizadas no âmbito acadêmico luso-Brasileiro.

A obra foi apoiada pelo CNPq e pela Capes, como parte da pesquisa desenvolvida no âmbito do projeto “Eficiência do acesso à justiça como fator de desenvolvimento: a instabilidade das decisões judiciais” (chamada MCTI/CNPq/MEC/Capes n. 43/13).

Para uma melhor apresentação dos temas abordados, este livro foi organizado em três partes. A primeira trata da temática “Direito, Economia e Políticas Públicas” e conta com quatro capítulos. O primeiro capítulo aborda a questão da extrafiscalidade, ou seja, o uso do tributo com uma finalidade não arrecadatória, mas estimuladora de condutas e decisões positivas para a superação da crise, analisando-se a experiência Brasileira. O segundo capítulo trata das políticas públicas adotadas a fim de se assegurar um desenvolvimento socioeconômico por meio da promoção e da tutela do consumo, discutindo como esse incentivo (ao consumo) pode contribuir para a redução das desigualdades e a erradicação da miséria.

O terceiro capítulo apresenta uma discussão sobre as políticas públicas no Estado social por meio de uma análise de sua origem e suas vicissitudes, bem como da configuração dos diferentes modelos de *welfare state* e dos efeitos econômicos e sociais gerados a partir das soluções por eles acolhidas. O quarto capítulo discorre sobre as políticas públicas de inovação implementadas a partir da década de 1990 no Brasil e, principalmente, discute o papel do direito nesse arcabouço e as consequências possíveis de se ter as leis como forma de impulsionar ações em termos de inovação.

A segunda seção desta obra tem como temática “Organizações Empresariais, Administração Pública e Desenvolvimento Econômico”. O primeiro capítulo da seção (e quarto do livro) e o quinto capítulo

dizem respeito ao exercício do poder de comando nas sociedades anônimas, especialmente nas que exploram grandes empreendimentos, buscando investigar se o legislador de fato influencia, por meio da estrutura de poder nas sociedades anônimas, na solução de crises econômicas institucionais. O sexto capítulo parte da premissa de que a Administração Pública Brasileira está envolvida, como parte ou interessada, na maioria das contendas judiciais que tramitam perante o Poder Judiciário. Demonstra, dessa maneira, a necessidade de se repensar a atuação administrativa, de forma a analisar que formas consensuais de solução de controvérsias contribuem para a eficiência da Administração Pública, as quais precisam ser priorizadas pelos agentes públicos competentes.

O sétimo capítulo trata da livre concorrência no campo das contratações públicas, investigando as leis que as disciplinam, tanto no Brasil como em Portugal. O oitavo capítulo versa sobre os modelos alternativos de provisão num contexto de crise e de redução do chamado *espaço orçamental*, discutindo-se a questão das parcerias público-privadas. O nono capítulo aborda a resolução extrajudicial de conflitos por entidades reguladoras em Portugal. O estudo foi desenvolvido com base na Lei-Quadro das Entidades Administrativas Independentes — a Lei n. 67/2013, de 28 de agosto —, que procura aglutinar, num único diploma, princípios e regras relativos a um universo de entidades reguladoras com características e objetivos diversos.

A temática da terceira parte desta obra é “Direito e Desenvolvimento Econômico”. Assim, o décimo capítulo discute a funcionalidade da arbitragem para a resolução de conflitos individuais e transindividuais, tendo mais uma função instrumental de acessibilidade e concretização da justiça e de acerto de conflitos do que pela forma de sua origem (negócio privado entre as partes) ou pela natureza dos interesses passíveis de análise. O décimo primeiro capítulo trata da análise econômica da responsabilidade civil, destacando-se que assuntos relacionados com o Direito da responsabilidade civil são enfrentados pela doutrina da *Law and Economics*, a partir de uma premissa lógica e racional segundo a qual a prevenção dos danos

deve ocupar o lugar central de qualquer sistema de direitos. O décimo segundo capítulo aborda as novas tendências da responsabilidade civil em relação aos danos ambientais, danos morais ambientais e danos às novas gerações, analisando-se seis aspectos que refletem o impacto do Direito do Ambiente na responsabilidade civil: Fins da responsabilidade civil (extracontratual); Modelos de imputação; Objecto; Métodos de reparação; Lesados; Dano.

O décimo terceiro capítulo trata dos desafios econômicos do processo de execução, focando na necessidade de reaproximação entre o direito processual e o direito material, como meio de propiciar a efetivação dos direitos, pois a estabilidade e a agilidade do sistema jurídico interferem diretamente no sistema econômico. O décimo quarto capítulo trata dos desígnios do Novo Código de Processo Civil Português, destacando que só é plausível compreender uma reforma, sobretudo de jaez jurídico-processual, se for possível compreender seus propósitos. O décimo quinto capítulo apresenta uma análise sobre a instabilidade judicial causada pela atuação não sistêmica e dessincronizada dos magistrados Brasileiros e seus reflexos econômicos, buscando-se discutir como mecanismo de solução ao problema a aplicação dos precedentes judiciais vinculativos típicos do *common law* ao sistema do *civil law*.

Os coordenadores desta obra esperam, com esta iniciativa, oferecer a estudantes e profissionais das áreas jurídicas e econômicas uma fonte de estudos que, agregada a suas práticas, possa contribuir com a atualização e a reflexão crítica a respeito de assuntos relacionados ao desenvolvimento econômico sustentável.

Fernando Araújo

Marcia Carla Pereira Ribeiro

Luciano Campos de Albuquerque

Vivian Amaro Czelusniak

PARTE I

DIREITO, ECONOMIA E POLÍTICAS PÚBLICAS

- 1** A SUPERAÇÃO DA CRISE POR MEIO DA EXTRAFISCALIDADE TRIBUTÁRIA: UMA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA
- 2** POLÍTICAS PÚBLICAS: PROTEÇÃO E INCENTIVO AO CONSUMO NO BRASIL
- 3** A REFORMA DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL
- 4** O PAPEL DO DIREITO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A INOVAÇÃO

A superação da crise por meio da Extrafiscalidade Tributária: uma experiência Brasileira

Oksandro Osdival Gonçalves

1.1 Introdução

A Universidade de Lisboa promoveu, em novembro de 2013, o evento intitulado “Encontro Luso-Brasileiro: em busca dos caminhos jurídicos e econômicos para superação da crise”, oportunidade em que foram discutidos vários temas visando encontrar soluções para a crise mundial que vigora desde o fim de 2008.

Naquela oportunidade, tivemos a chance de discutir a respeito da intervenção do Estado no mercado, ocasião em que optamos por enfrentar a magna questão da extrafiscalidade, ou seja, o uso do tributo com uma finalidade não arrecadatória, mas estimuladora de condutas e decisões positivas para a superação da crise.

Este trabalho reflete a exposição realizada e inicia com uma abordagem da crise mundial, demonstrando que ela é um processo articulado desde, pelo menos, 1929, e que é encoberto por fatos históricos importantes.

Na segunda parte do trabalho, é abordada a questão da extrafiscalidade Brasileira, seus fundamentos e métodos para incentivar ou não condutas e quais os objetivos coletivos que devem ser buscados no momento de sua instituição.

Já na terceira parte do trabalho (correspondente ao quarto item), é apresentada a política de incentivos fiscais concedida ao setor automotivo, que teve as alíquotas de Imposto sobre a Propriedade Industrial (IPI) reduzidas substancialmente, com diminuição dos preços dos veículos, o que, como consequência, provocou o aumento da frota Brasileira, sucessivas elevações de produção e recordes na indústria automotiva. Inobstante, também é abordado o conjunto de custos associados à política de incentivos, como o aumento do trânsito nas cidades, o aumento dos acidentes e dos custos com tratamentos pelo sistema único de saúde (SUS), além do aumento da poluição, em razão da emissão de gases.

Finalmente, a conclusão do trabalho apresenta os aspectos positivos e negativos dessa política de incentivos.

1.2 A crise mundial

O tema geral proposto — encontrar caminhos jurídicos e econômicos para a superação da crise — exige, a título de preliminar, uma breve incursão a respeito da crise mundial. Todavia, em razão dos limites impostos ao texto, optou-se por um recorte histórico a partir da crise que, em 1929, afetou a economia americana, com reflexos em âmbito global. Com efeito, conhecida como “Grande Depressão”, configurou na economia moderna a primeira crise cujos efeitos expuseram o entrelaçamento das economias nacionais da Europa e dos Estados Unidos, após a 1ª Guerra Mundial.

Mas as causas dessa articulação não se restringiram aos aspectos econômicos. A crise foi igualmente consequência de uma nova fase histórica das relações internacionais, quando os EUA, até então relativamente afastados do cenário mundial, tiveram de ingressar no

jogo de equilíbrio de poder mantido pelas potencias colonialistas europeias e, *ipso facto*, impuseram aos europeus, enfraquecidos política e economicamente, os modelos americanos que privilegiavam certos ideais, consubstanciados na doutrina Wilson, sobre o interesse puramente militar. O que então se privilegiou foi a atividade política pautada pelos valores da democracia, do livre comércio e da obediência às leis internacionais (KISSINGER, 2012, p. 1). Essa nova mentalidade amoldou para sempre as relações econômicas mundiais.

Para superar aquela crise, o governo norte-americano instituiu o *New Deal*, um conjunto de medidas de intervenção do Estado que visava a proteger as indústrias nacionais e, assim, gerar empregos por meio do controle de preços e estoques, do combate à inflação e de investimentos em grandes obras públicas. Esse conjunto de medidas, implementadas em 1933, possibilitou a recuperação da economia americana a partir de 1940, o que foi mantido e até mesmo consolidado durante a 2ª Guerra Mundial.

Posteriormente, os EUA passaram a protagonizar no cenário internacional como grande potência, mas não sem prescindir do mercado internacional, principalmente consumidor, e de aliados, para se fortalecerem perante a segunda potência que se afirmava: a União Soviética. Disso decorre que o período do pós-guerra foi pautado na reconstrução da Europa e do Japão, por meio de um acentuado processo de descolonização das antigas possessões europeias e de um grande crescimento econômico. Mas existiu ainda outro fator, a Guerra Fria, que dividiu o mundo em dois blocos ideológicos. De um lado, o bloco capitalista, liderado pelos EUA; de outro, o bloco socialista, sob a égide da União Soviética.

No caso da Europa, a nova ordem mundial expôs a contradição entre manter as colônias, porque haviam lutado pela liberdade e pela democracia, e a falta de condições materiais para conservar a dominação sobre elas. Isso foi agravado pela influência econômica dos EUA nas colônias europeias, tendo em vista a abertura de novos mercados. Além disso, a Guerra Fria levou os dois países líderes, EUA e URSS, a tentarem investir contra o processo colonial, cada um por motivação ideológica distinta.

O progressivo afastamento das nações europeias de seu tradicional protagonismo na manutenção do modo capitalista de produção culminou em Bretton Woods, quando a Europa se viu relegada a um papel secundário, o que levou praticamente a uma espécie de americanização do Ocidente (PADRÓS, 2000, p. 227-266). Mas, em maio de 1957, foram lançadas as bases para a futura Comunidade Econômica Europeia, com o propósito de estímulo à livre circulação de mercadorias e o estabelecimento de taxas alfandegárias comuns.

Inobstante esse progresso da Europa, ao fim dos anos de 1960 assistiu-se à contestação do modelo econômico em vigor. Conhecida como a Revolução Francesa de Maio de 1968, consistiu numa greve geral que, aos poucos, adquiriu proporções de insurreição popular, a qual, superando barreiras étnicas, culturais, ideológicas e de classe social, forçou o processo de grandes mudanças sociais e culturais que a partir daí ocorreram. Do ponto de vista econômico, foi significativa a participação dos estudantes, que, influenciados pelas ideias do filósofo Herbert Marcuse, denunciaram o que veio a ser conhecido como “consumismo”, a ideologia que privilegiava os interesses empresariais e o mercado consumidor em detrimento das reais necessidades da população, em termos de educação, cultura, saúde e bem-estar.

Nos anos de 1970, com base em estudos predominantemente americanos, propõe-se um papel mais ativo do mercado e a adoção de critérios empresariais como eficiência e economicidade para o setor público. O modelo até então utilizado apresentava sinais de desgaste, com um período de crescimento muito pequeno ou negativo. Podem ser elencadas algumas das consequências da política econômica mundial dessa época:

- I. Com a mecanização na agricultura, sobraram postos de trabalho, o que gerou êxodo rural e bolsões de pobreza nas cidades (falta de espaço, saneamento, redução de áreas verdes, poluição e excesso de automóveis).
- II. O custo da mão de obra europeia foi elevado, em parte pela proteção do *Welfare State*, o que levou ao deslocamento de empresas para países periféricos, onde as regras trabalhistas

eram mais flexíveis e os custos, menores — uma espécie de *dumping* trabalhista.

- III. Em consequência da liberação feminina, em parte devido à criação e ao consumo de anticoncepcionais, ocorre a ascensão das mulheres como protagonistas sociais, destacando-se em atividades que tradicionalmente eram reservadas aos homens.
- IV. Para fazer frente ao desenvolvimento tecnológico dos parques industriais, a necessidade de novas tecnologias e a qualificação de mão de obra fez com que se ampliasse o acesso à educação.
- V. Finalmente, aprofundou-se a separação entre a Igreja e o Estado.

Os princípios adotados no fim dos anos de 1970 e ao longo dos anos de 1980 foram a desregulação e a privatização de empresas públicas, o que gerou, resumidamente: crescimento econômico razoável, mão de obra empregada, salários razoáveis, que permitiram ao trabalhador migrar para a posição de consumidor, e um Estado de bem-estar.

Esse Estado de bem-estar, diga-se, é incentivado pelo sistema capitalista, porque, dessa forma, consegue-se manter a estrutura institucional necessária para sua manutenção e seu desenvolvimento, em um processo de retroalimentação que permite ao homem consumir, mas sem libertá-lo do processo de exploração.

Outro fato histórico relevante foi a crise do petróleo, ocorrida em 1973, que provocou o reposicionamento dos países produtores de petróleo no cenário mundial. No Brasil, especialmente, teve grande impacto na economia, pois o sistema modal fora construído sobre estradas, e não sobre trilhos.

Após essa última crise, vivenciou-se um período de estagnação econômica, que teve, na década de 1980, o enfrentamento de duas figuras políticas paradigmáticas: Margaret Thatcher e Ronald Reagan. Suas políticas econômicas praticamente ditaram o modelo a ser seguido nas décadas seguintes, baseado em dois pontos: a abertura e a desregulação dos mercados, configurando uma espécie de reedição da “mão invisível do mercado”, expressão cunhada por Adam Smith.

Nesse momento, passou-se do paradigma do fordismo para o toyotismo. A Toyota foi a primeira empresa a implantar em escala um rigoroso controle de qualidade, em que o operário é obrigado a realizar múltiplas tarefas e que, principalmente, vinculou a estabilidade do emprego ao resultado da empresa, criando para o funcionário japonês o perigo do desemprego, sempre latente. Logo, se a empresa vai bem, mantém-se o emprego; caso contrário, perdem-se postos de trabalho (PADRÓS, 2000, p. 257).

A partir também da década de 1980, a famosa expressão “aldeia global”, atribuída a Marshall McLuhan, torna-se realidade, com o extraordinário avanço da tecnologia da informação, que popularizou a comunicação instantânea global por meio da internet e que acelerou o fenômeno da globalização. Esta, em seu aspecto econômico, já vinha ocorrendo em virtude das crises anteriores, as quais haviam obrigado empresas multinacionais a procurar novos mercados, especialmente em países periféricos.

O fim da União Soviética e a derrocada do socialismo na Europa do Leste, simbolizado pela queda do Muro de Berlim, a partir da noite de 9 de novembro de 1989, sinalizaram a afirmação dos EUA como única potência mundial, em virtude de seu extraordinário potencial bélico, que capacitou a nação a agir como uma espécie de “polícia do mundo”. Essa hegemonia mundial se acentuou a partir de 1991-1992. Além disso, tendo-se tornado a primeira economia global, muito mais fortalecida do que qualquer outra nação, passou a conduzir o mundo no processo de desenvolvimento, sob diretrizes dimanadas do que se convencionou chamar de “Consenso de Washington”¹.

¹ Em novembro de 1989, realizou-se uma reunião em Washington no intuito de debater políticas desenvolvimentistas para a América Latina, propondo-se um conjunto de medidas-modelo a serem adotadas pelos países em desenvolvimento, a fim de que alcançassem o mesmo grau de desenvolvimento dos países ditos de primeiro mundo. As conclusões dos participantes ficaram conhecidas como “Consenso de Washington” e foram baseadas principalmente no colapso do sistema comunista e na premissa de que o capitalismo havia vencido.

Em 11 de setembro 2001, os atentados às Torres Gêmeas levaram os EUA a deflagrar um processo de guerras preventivas contra o terrorismo. O inimigo dos EUA não é mais o comunismo soviético, mas um novo protagonista que surge no cenário político mundial, um inimigo que não tem rosto, nem limite geográfico definido, nem uma identificação precisa que possa ser alvo militar objetivo. O inimigo dos EUA passa a ser as facções terroristas, combatentes que veem no fundamentalismo religioso as diretrizes de sua atuação política, social e militar.

Finalmente, a crise mais recente, eclodida em 2008, leva-nos à situação atual, a qual não é fenômeno isolado, mas fruto de um evento cíclico que nunca deixou de existir, embora encoberto ou dissimulado por este ou aquele fator. Iniciada nos EUA, logo atingiu a Europa e tomou dimensões globais, levando à conclusão de que a crise é um processo inerente à economia mundial, ao menos a partir da Grande Depressão. É apreciável, em maior ou menor grau de importância, em termos dos efeitos que causa, mas jamais deixou de existir, ainda que encoberta por outros problemas de caráter diverso, os quais conotam a dialeticidade entre a política, a economia e o direito².

Como elemento comum das várias crises, destaca-se a presença do Estado, seja como condutor das políticas públicas que as combatem, seja como causador dessas crises, em virtude de políticas que se demonstraram equivocadas ao longo do tempo.

A abordagem do tema, neste trabalho, levará em consideração um dos meios de que o Estado dispõe para intervir no processo de crise e seus reflexos para o desenvolvimento econômico sustentável, mas tomando como referencial a experiência Brasileira.

² O processo de crise é constante, mas encoberto por fatos históricos. Assim, partindo da Grande Depressão, é possível arrolar: a Segunda Guerra Mundial (1939-1945); a Guerra Fria e a Guerra da Coreia (1945-1973); a queda do Muro de Berlim (1980-1991); a primeira Guerra do Iraque, até 11 de setembro (1991-2001); a segunda Guerra do Iraque (2002-2008), ao que se somam as guerras do Afeganistão e a (constante) guerra contra o terror.

1.3 A extrafiscalidade tributária Brasileira

A ideia central acerca da função do tributo é a de que ele se presta a suportar as despesas que o Estado realiza, segundo critérios de essencialidade (ROSA JÚNIOR, 1999; NABAIS, 1998), o que confere ao tributo um caráter limitado de aplicação. Parte dessa visão decorre da perspectiva de que o Estado deveria intervir o mínimo possível no processo de formação de preços pelo mercado, uma concepção da economia clássica.

Todavia, essa premissa está equivocada, porque qualquer modificação em um tributo tem o condão de alterar o processo de formação de preços e, também, o processo de tomada de decisão. Assim, a criação, a redução ou o aumento de um tributo pode alterar essa decisão em função dos custos gerados, e não pela conveniência e oportunidade de lançamento de um produto inovador, por exemplo.

Em grande medida essa visão acerca do tributo deve-se ao princípio da neutralidade tributária, segundo o qual o tributo não deve promover distorções mercadológicas em relação à oferta, à demanda e ao preço. Tal paradigma foi alterado em parte pela visão keynesiana que concebe o Estado como um elemento influenciador da economia; e, para essa nova finalidade estatal, é possível usar o tributo com a função de promover determinada política econômica e social.

Por esse motivo, o tributo extrafiscal é um importante instrumento de intervenção do Estado na ordem econômica (GONÇALVES; VOSGERAU, 2013), em função de seu poder de incentivar ou desincentivar certas atividades econômicas e o de influir nas escolhas feitas pelos agentes econômicos. Isso ocorre porque o tributo, em sua face extrafiscal, tem o condão de provocar certos resultados econômico-sociais, como o de promover o desenvolvimento econômico de certas regiões, proteger a indústria nacional, reduzir as

desigualdades sociais, estimular o emprego, atenuar a inflação³, desestimular atividades ambientalmente poluidoras, reduzir o consumo de certos produtos, entre tantas outras possibilidades (CARVALHO, 2009, p. 254-255).

Esse modo de intervenção pode variar quanto aos seus meios, que podem ser a ordenação, a intervenção ou a redistribuição de renda.

A ordenação consiste em um meio pelo qual a tributação não pretende intervir na economia, mas adequar os comportamentos de acordo com as normas existentes. Já a intervenção ocorre quando o Estado se utiliza de mecanismos para induzir ou desestimular a prática de determinadas ações de agentes econômicos. Por fim, a redistribuição de renda pode acontecer quando há a transferência de recursos entre indivíduos, visando promover a reforma social. As técnicas utilizadas para promover a função extrafiscal são de variadas ordens, das quais se destacam as desonerações fiscais (isenções e redução de alíquotas ou da base de cálculo), a concessão de créditos fiscais para determinada atividade ou, até mesmo, a elevação de alíquotas e a criação de impostos, dependendo do objetivo a ser alcançado (CALIENDO, 2012).

A extrafiscalidade mitiga o princípio da neutralidade tributária, eis que, enquanto na primeira o Estado abandona a ideia de que o mercado solucionaria *per se* o problema, promovendo a intervenção na economia para atingir certo objetivo, na segunda o tributo não pode produzir efeitos diferenciados. Em verdade, a neutralidade é a medida da intervenção, mas não tem caráter absoluto. Assim, admite-se que um tributo extrafiscal pode ser alterado para implementar uma dada política pública, rompendo em parte com a neutralidade em prol de interesses coletivos superiores.

Dessa forma, a importância da neutralidade tributária deve ser avaliada com base na noção de ineficiência gerada por impactos sobre o bem-estar. Isso porque, se um tributo altera o sistema de preços,

³ Recentemente, foi editada a Lei n. 12.839, de 9 de julho de 2013, que reduziu a zero as alíquotas de alguns tributos incidentes sobre a receita decorrente da venda no mercado interno e sobre a importação de produtos que compõem a cesta básica Brasileira, em que figuram predominantemente produtos essenciais para o consumo da população mais pobre.

tem-se menor eficiência e redução do nível de bem-estar, deixando-se de repartir o ônus entre os agentes econômicos de um dado mercado, de forma não isonômica (ROCHA; FARO, 2010, p. 8).

A Constituição Federal do Brasil reconheceu a importância da tributação em relação à livre e justa concorrência no mercado, por meio do art. 146-A⁴. Assim, vale afirmar que a neutralidade fiscal deve ser vista sob três perspectivas: (i) a da igualdade de condições no mercado — concorrência justa; (ii) a da ausência de barreiras para entrada e permanência no mercado — livre concorrência; e (iii) a da interferência mínima do Estado na economia (FORTES; BASSOLI, 2010, p. 241).

No que tange à intervenção do Estado, utiliza-se o argumento de que se está garantindo o cumprimento de princípios constitucionais, como o da preservação do meio ambiente, o do desenvolvimento sustentável, o da redução de desigualdades regionais, entre outros.

De outro lado, tem-se um cenário em que a intervenção estatal, por meio da tributação, acaba atingindo seu objetivo, porém afeta outras áreas da economia ou da sociedade, gerando desequilíbrios ou causando problemas inesperados. Nesse caso, é preciso avaliar as consequências dessa medida e ponderar se os custos de transação não são demasiadamente elevados, bem como se os possíveis ganhos não são inferiores às perdas que a medida pode gerar.

1.4 A política Brasileira de utilização da extrafiscalidade para superar a crise

1.4.1 Os incentivos fiscais

A concessão de incentivos fiscais é uma forma de extrafiscalidade, visto que se afirmam como instrumentos indutores de comportamentos direcionados ao alcance de objetivos definidos

⁴ Redação dada pela Emenda Constitucional n. 42/2003.

constitucionalmente. Ou seja, o uso da extrafiscalidade deve estar em sintonia com a busca do bem-comum, ditando-se por considerações de interesse coletivo (BORGES, 2007, p. 70-71).

A concessão de incentivos fiscais representa uma concretização da intervenção do Estado na economia, devendo ser compreendida como norma jurídica de direção econômica a serviço do desenvolvimento de interesse do país ou de determinada região ou setor da economia (TRAMONTIN, 2002, p. 111-112). É uma manifestação de dirigismo estatal por meio da intervenção do Estado na iniciativa privada, para estabelecer os rumos da economia.

Por isso, os incentivos fiscais, como importantes mecanismos de intervenção do Estado na ordem econômica, têm ampla previsão constitucional, sendo estabelecidos em diversas disposições do texto da Constituição Brasileira, como nos arts. 174, 151, I, 43, §2º, III e 150, §6º.

Ademais, podem os incentivos fiscais assumir roupagens diversas, entre as quais isenções, reduções de alíquotas e/ou bases de cálculo, anistia, moratória, remissão, concessão de créditos tributários, diferimento do pagamento de tributos, créditos presumidos, alíquotas zero. Por conseguinte, pode ser considerado incentivo fiscal qualquer instrumento, de caráter tributário ou financeiro, que tenha o intento de realizar finalidades constitucionalmente previstas por meio da intervenção estatal por indução (ASSUNÇÃO, 2011, p. 107).

Há, portanto, uma gama de possibilidades de concessão de benefícios fiscais, mas estes devem ser concebidos na busca de soluções para os problemas econômicos e sociais (correções de falhas de mercado) e as desigualdades regionais. Mas, mesmo nesses casos, deve sempre haver a indicação dos beneficiários, a finalidade da concessão, as condições para a fruição, o prazo de vigência e o montante dos benefícios concedidos. É indispensável também que, após a concessão dos benefícios, o Poder Público faça uma adequada fiscalização para aferir sua aplicação em prol da recuperação econômica regional ou setorial (TRAMONTIN, 2002, p. 111), ou seja, verificar se os fins para os quais foram instituídos estão sendo, efetivamente, atingidos.

1.4.2 O caso do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) para veículos automotores

Constitucionalmente, o IPI é um tributo de competência da União e incide sobre operações com produtos industrializados, como os automóveis, e apresenta alíquotas variáveis, dependendo do produto sobre o qual é cobrado.

Como características desse imposto, destaca-se a atenuação do princípio da legalidade tributária, uma vez que suas alíquotas podem ser alteradas pelo Poder Executivo (art. 153, § 1º, da CF), sem necessidade de lei, como se exige para a maior parte dos tributos. Além disso, sua instituição, sua majoração ou sua desoneração não estão submetidas ao princípio da anterioridade, ou seja, suas alíquotas podem ser alteradas e cobradas no mesmo exercício fiscal (art. 150, § 1º, da CF).

Outro aspecto relevante é a sujeição do IPI ao princípio da seletividade, o que significa que suas alíquotas devem ser graduadas de acordo com a essencialidade dos produtos sobre os quais incidem, conforme disposição expressa do art. 153, § 3º, inciso I, da CF. Contudo, excepcionalmente, é possível serem atribuídas alíquotas que desbordem a simples graduação segundo o princípio da seletividade como meio de utilização extrafiscal do tributo (PAULSEN; MELO, 2008, p. 83). No caso dos veículos automotores, não se trata propriamente de bens essenciais que necessitem de incentivos, o que torna paradoxal o conjunto de medidas adotadas pelo Estado Brasileiro para proteção da indústria automobilística nacional.

Parte da resposta a esse paradoxo reside no fato de que, diante dos reflexos da crise econômica mundial de 2008 na economia Brasileira, viu-se o Governo Federal obrigado a adotar medidas que pudessem minimizar seus efeitos no país. Uma das soluções propostas foi o incentivo ao consumo por meio da desoneração da indústria automotiva, tendo em vista que esta representava mais de 5% do PIB nacional e mais de 22% do PIB industrial. Ou seja, a justificativa para essa medida foi o possível impacto sobre a cadeia produtiva dos

veículos automotores, a qual emprega muitas pessoas, estimando-se que cada 1 milhão de reais (equivalente a 316.268,52 euros⁵) corresponda a 25 empregos⁶.

Foi justamente valendo-se da função extrafiscal do IPI que o Poder Executivo reduziu as alíquotas para veículos automotores. Para automóveis nacionais de até duas mil cilindradas, a alíquota do IPI, até maio de 2012, variava de 7% a 13%. Para automóveis importados dos países que não fazem parte do Mercosul e do México, as alíquotas variavam de 34% a 43%.

Assim, por meio do Decreto n. 7.725/2012, as alíquotas do IPI para os automóveis novos foram reduzidas e passaram a variar de 0% a 6,5%, para os automóveis nacionais, e de 30% a 36,5%, para os importados de países não pertencentes ao Bloco do Mercosul e do México.

⁵ Segundo cotação do dia 20 de janeiro de 2014.

⁶ Segundo estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), o impacto sobre os empregos é muito significativo nesse setor da economia: “Para avaliar o impacto da desoneração do IPI sobre o emprego, considerou-se estudo do Ipea (DE NEGRI et al., 2009), que utiliza dados da matriz insumo-produto de 2005 e estima que a produção de automóveis, caminhonetas e utilitários no valor de R\$ 1 milhão gera cerca de 25 empregos diretos e indiretos na economia como um todo. Pelas dificuldades em se calcular o valor da produção de veículos que se deveu ao IPI mais baixo, foram adotadas duas hipóteses simplificadoras: i) a redução das alíquotas do IPI contribuiu para a produção adicional, nos seis primeiros meses do ano, de algo entre 100 mil e 120 mil veículos nacionais, ii) o preço médio dos veículos, em valores de 2005 e descontados os impostos e as margens de comércio e transporte, é R\$ 20 mil. As hipóteses (i e ii) implicam uma produção adicional de veículos com valor entre R\$ 2.000 milhões e R\$ 2.400 milhões. Considerando válidas as hipóteses e a relação de 25 empregos para R\$ 1 milhão de produção, estima-se que a redução do IPI contribuiu para manter entre 50 mil e 60 mil empregos diretos e indiretos na economia Brasileira no primeiro semestre. Este número deve ser visto com cautela, pois decorre das hipóteses adotadas, mas ilustra a importância do IPI reduzido para a manutenção do nível de emprego na economia. Este é, inclusive, outro canal a reduzir o custo fiscal da desoneração, pois a manutenção do emprego contribuiu para elevar a receita previdenciária e evitar despesas com o seguro-desemprego”. De acordo com o Ipea, em seu relatório Impactos da redução do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) de automóveis (IPEA/DIMAC, 2009), houve redução de 49% das vendas de veículos entre julho e novembro de 2008, como efeito da crise mundial.

O objetivo dessa política foi incentivar o consumo interno e, conseqüentemente, minimizar os efeitos da crise econômica mundial, não somente sobre a indústria automotiva, mas em toda a sociedade.

Inobstante a ótima intenção do governo, ocorreram algumas conseqüências indesejáveis, não previstas quando da instituição dessa política tributária:

- I. Considerável aumento na quantidade de veículos em circulação nas grandes cidades e nas de médio porte, o que, muitas vezes, prejudicou o controle do tráfego, bem como a qualidade do meio ambiente com o aumento da poluição. Não se pensou numa política ambiental que compensasse o aumento da poluição.
- II. Com esse aumento quantitativo, houve crescimento do número de acidentes envolvendo veículos automotores⁷, o que implicou a elevação dos custos para atendimento às vítimas, refletindo na qualidade dos serviços de saúde pública.
- III. Fechamento de muitas empresas dedicadas à revenda de veículos usados, devido à redução da diferença de preços entre novos e usados. Assim, clientes usuais do mercado de usados migraram para o de veículos novos, gerando desemprego naquele setor.
- IV. A diminuição da arrecadação de IPI também repercutiu nas economias municipais, pois implicou redução nos valores que seriam repassados à conta do Fundo de Participação dos Municípios (FPM), principal receita de muitos pequenos municípios Brasileiros⁸. Numa espécie de efeito dominó, deixaram

⁷ Recomenda-se a leitura do texto de Silva (2011), o qual apresenta estudos quantitativos e qualitativos. De forma mais simples, mas com muitos dados, sugere-se: Mesquita Filho (2012, p.148-157).

⁸ O Fundo de Participação dos Municípios (FPM) estabelece que uma parcela das receitas federais arrecadadas pela União é repassada aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios. O rateio da receita proveniente da arrecadação de impostos entre os entes federados representa um mecanismo fundamental para amenizar as desigualdades regionais, na busca incessante de promover o equilíbrio socioeconômico entre estados e municípios.

então de ser atendidos alguns objetivos constitucionalmente estabelecidos, como, por exemplo, o que prega o fim das desigualdades regionais.

Em relação ao item “c” — fechamento de revendas de automóveis usados —, isso ficou evidente em diversos municípios Brasileiros. A título de exemplo, o comércio de automóveis usados na Região do Grande ABC, composta por municípios da Região Metropolitana de São Paulo, caiu de 40% a 50% nos dois meses subsequentes à entrada em vigor da medida que reduziu o IPI para os automóveis novos (DIÁRIO DO GRANDE ABC, 2012).

Além disso, em todo o país, entre março e julho de 2012, período no qual a redução do IPI foi concedida, cerca de 4.500 lojas desse setor fecharam as portas, segundo dados da Federação Nacional das Associações dos Revendedores de Veículos Automotores (FENAUTO, 2012 apud DIÁRIO DO GRANDE ABC, 2012).

Por outro lado, o principal objetivo da política de redução do IPI, que era o fomento da economia diante da crise econômica mundial, parece não ter sido alcançado. O crescimento da economia Brasileira em 2012 foi o pior entre os países do BRIC, e o segundo pior entre as economias da América Latina, superior apenas que o do Paraguai. Enquanto o Produto Interno Bruto (PIB) do Brasil cresceu 0,9% no ano de 2012, o da China avançou 7,8%, o da Índia, 5,0%, o da Rússia, 3,4%, e a média da economia mundial cresceu 3,2%.

Ou seja, o Brasil ficou muito abaixo do crescimento médio da economia mundial, o que leva a crer que, se a redução do IPI efetivamente teve algum impacto no crescimento econômico Brasileiro, ele foi muito pequeno e parece não justificar as demais consequências negativas que a redução trouxe consigo. Por outro lado, também é possível afirmar que, se não se houvesse ocorrido a redução do IPI e o aumento das vendas, o crescimento da economia teria sido ainda menor. De modo geral, contudo, não é razão para se pensar que a medida surtiu o efeito esperado.

Outro aspecto refere-se à manutenção dos níveis de emprego no setor automotivo, que é responsável por grande número de postos

de trabalho⁹. Como foi possível constatar na análise dos dados disponíveis, a política de incentivos fiscais por meio da redução do IPI sobre os veículos automotores manteve os índices de emprego do setor estáveis.

Essa política pública de incentivos fiscais (GONÇALVES; RIBEIRO, 2013), contudo, tem um custo elevado para o Brasil, pois, segundo estudos do Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT), de 2009 a 2013, período em que vigorou a medida, deixou-se de arrecadar o equivalente a 6,1 bilhões de reais¹⁰.

Portanto, os benefícios fiscais devem ser necessários ou indispensáveis à intervenção do Estado, e tal política deve ser precedida de uma indagação simples, porém importante: o que aconteceria se não tivesse de se atribuir o benefício fiscal em causa? Embora haja uma ampla margem de liberdade de prognose para resposta a essa questão, isso não isenta o legislador de prever que, logo após o decurso de certo tempo de concessão do benefício, sejam realizados controles

⁹ Segundo relatório da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em Portugal a crise impactou seriamente sobre os empregos: “Portugal enfrenta a situação econômica e social mais crítica da sua história econômica recente. Desde o início da crise global, em 2008, perdeu-se um em cada sete empregos — a mais significativa deterioração do mercado de trabalho entre os países europeus, depois da Grécia e da Espanha. A taxa de desemprego atingiu um máximo histórico de mais de 17 por cento. Os trabalhadores jovens e as famílias com crianças de tenra idade têm sido afetados desproporcionalmente pela contração econômica.

O mercado de trabalho não registrou qualquer melhoria desde o lançamento do programa de assistência financeira acordado com a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional, em 2011. De facto, a tendência de desemprego crescente intensificou-se nos últimos dois anos — embora com alguns sinais de redução nos meses mais recentes. Alguns desenvolvimentos podem produzir efeitos de longo prazo que dificultarão a manutenção dos níveis de vida atuais. O volume do investimento produtivo foi reduzido em mais de um terço desde 2008 — tendo-se verificado grande parte deste declínio nos dois últimos anos —, provocando uma erosão nos ganhos de produtividade e prejudicando uma prosperidade futura. Os mais de 56 por cento de desempregados que estão sem trabalho há mais de um ano estão a perder competências e motivação, e terão acrescida dificuldade em participar numa retoma econômica futura caso não lhes seja prestado um apoio adequado. Muitos trabalhadores, incluindo parte dos jovens mais talentosos e qualificados, têm vindo a ser empurrados para a emigração. De facto, quase 20 por cento da população gostaria de se mudar permanentemente para o estrangeiro, caso surgisse a oportunidade para tal” (OIT, 2013).

¹⁰ Equivalente a 1.921.441.396,04 euros, segundo cotação do dia 20 de janeiro de 2014.

de seus resultados, a fim de se avaliar se sua necessidade se justifica ao longo do tempo (NABAIS, 1998, p. 664-665).

A transposição dessa política de incentivos fiscais para Portugal não é uma garantia de sucesso, eis que as condições dos dois países são muito distintas, em especial pelo tamanho das duas economias e seus respectivos mercados para veículos automotores.

Todavia, o uso da extrafiscalidade como um importante instrumento para superação da crise deve ser considerada, especialmente quando articulada em prol da manutenção ou criação de empregos em uma economia em que o índice de desemprego entre setembro e outubro de 2013 estava na faixa de 15,7% (EUROSTAT, 2014).

1.5 Conclusão

O uso da extrafiscalidade é um importante instrumento para a intervenção do Estado no mercado; todavia, é preciso tomar cuidado, porque toda norma tributária que se presta a produzir incentivos gera também efeitos a serem considerados.

Assim, sob o bordão da justificativa constitucional, não podem ser encerrados benefícios que visem atender apenas os interesses localizados de grupos econômicos, sem se ter em conta que os interesses a serem levados em conta são da coletividade.

A desoneração fiscal do IPI sobre veículos automotores ocasionou recordes de vendas sucessivas de veículos, permitindo que diversas classes sociais outrora alijadas da possibilidade de adquirir um veículo pudessem, finalmente, comprar um automóvel. De outro lado, contudo, essa inserção social por meio do consumo de veículos produziu efeitos negativos, entre os quais se destacam o aumento do trânsito nas cidades, com mais tempo e custo dedicado ao deslocamento, e o aumento de acidentes e da poluição.

Outro aspecto a ser considerado é o impacto dos incentivos sobre as finanças públicas, porque os reflexos das desonerações repercutem sobre o restante da sociedade.

Enfim, não existem medidas extrafiscais que não estejam associadas a custos de transação a serem ponderados, pois as medidas podem afetar o processo de tomada de decisões dos agentes econômicos atingidos.

Sugere-se como medida da eficiência dessas políticas públicas a observância de critérios múltiplos, que variem do aumento da inflação até os impactos sobre os empregos e sobre as contas públicas (menos arrecadação pressupõe que o Estado gaste menos), no intuito de permitir, assim, uma adequada ponderação econômica dos custos e benefícios envolvidos para a efetiva aferição da política extrafiscal adotada.

Referências

ASSUNÇÃO, M. C. Incentivos fiscais em tempos de crise: impactos econômicos e reflexos financeiros. *Revista da PGFN*, v. 1, n. 1, p. 99-123, jan./jun. 2011.

BORGES, J. S. M. *Teoria geral da isenção tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CALIENDO, P. *Limitações constitucionais ao poder de tributar com finalidade extrafiscal*. 2012. Disponível em: <<http://www.paulocaliendo.com.br/Mostrar+arquivo/34-file1-art2>>. Acesso em: 16 mar. 2013.

CARVALHO, P. de B. *Curso de direito tributário*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIÁRIO DO GRANDE ABC. *Preço baixo do carro zero faz fechar lojas de usados*. 14 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.dgabc.com.br/Noticia/52368/preco-baixo-do-carro-zero-faz-fechar-lojas-de-usados>>. Acesso em: 16 mar. 2013.

EUROSTAT. *Unemployment statistics*. Disponível em: <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Unemployment_statistics>. Acesso em: 20 jan. 2014.

FEDERAÇÃO NACIONAL DAS ASSOCIAÇÕES DOS REVENDEDORES DE VEÍCULOS AUTOMOTORES (Fenauto). Disponível em: <<http://www.fenauto.org.br>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

FORTES, F. C; BASSOLI, M. K. Análise econômica do Direito Tributário: livre iniciativa, livre concorrência e neutralidade fiscal. *Scientia Iuris*, v. 14, nov. 2010.

GONÇALVES, O.; RIBEIRO, M. M. Incentivos fiscais: uma perspectiva da análise econômica do direito. *Economic Analysis Law Review*, Brasília, v. 4, n. 1, p. 79-102, 2013.

GONÇALVES, O.; VOSGERAU, D. R. A extrafiscalidade como política pública de intervenção do Estado na economia. In: CONGRESSO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO E ECONOMIA (ABDE), 7., Rio de Janeiro, 2013. *Anais...* Disponível em: <http://www.congresso.abde.com.br/index.php/VI_ABDE/VI_ABDE>. Acesso em: 20 jan. 2014.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (Ipea). Diretoria de Estudos Macroeconômicos. *Impactos da redução do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) de automóveis*. 2009. Disponível em: <www.ipea.gov.br>. Acesso em: 18 jan. 2014.

KISSINGER, H. *Diplomacia*. Trad. de Saul S. Gefter, revista por Heitor Aquino Ferreira. São Paulo: Saraiva, 2012.

MESQUITA FILHO, M. Acidentes de trânsito: as consequências visíveis e invisíveis à saúde da população. *Revista Espaço Acadêmico*, n. 128, p. 148-157, jan. 2012. Disponível em: <<http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/issue/view/581>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

NABAIS, J. C. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 1998.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Enfrentar a crise do emprego em Portugal: relatório preparado pelo Grupo de Ação Interdepartamental da OIT sobre os países em crise para a Conferência de Alto Nível “Enfrentar a Crise do Emprego em Portugal: que caminhos para o futuro?”*. Lisboa, 4 nov. 2013. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/versao-final_oit_relat_enfrentarcriseemprego_20131101_pt.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2014.

PADRÓS, E. S. Capitalismo, prosperidade e Estado de bem estar social. In: REIS FILHO, D. A.; FERREIRA, J.; ZENHA, C. (Org). O século XX: o tempo das crises. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

PAULSEN, L.; MELO, J. E. S. de. *Impostos: federais, estaduais e municipais*. 4. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ROCHA, S. A.; FARO, M. P. Livre concorrência e neutralidade tributária. *Revista Brasileira de Direito Tributário*, São Paulo, n. 21, jul./ago. 2010.

ROSA JÚNIOR, L. E. F. da. *Manual de direito financeiro & direito tributário*. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Silva, E. R. da. *Análise do crescimento da motorização no Brasil e seus impactos na mobilidade urbana*. 126 f. 2011. Dissertação (Mestrado) — Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

TRAMONTIN, O. *Incentivos fiscais a empresas privadas & guerra fiscal: uma análise crítica, baseada em princípios constitucionais, sobre a existência de interesse público nas concessões de incentivos a empresas de fins*. Curitiba: Juruá, 2002.

POLÍTICAS PÚBLICAS: PROTEÇÃO E INCENTIVO AO CONSUMO NO Brasil

*Antônio Carlos Efig
Guilherme Misugi
Leonardo Gureck Netos*

2.1 Introdução

As evidências de que a miséria é a realidade de uma parcela considerável da população mundial superam os dados estatísticos, os quais apontam a assustadora proporção de 30% da população vivendo em um nível de “pobreza multidimensional”¹, fazendo com que estudiosos passem a se indignar e questionar o suposto êxito desse sistema econômico de acumulação.

Ainda que grandes esforços louvavelmente tenham sido despendidos nesse combate, tais diligências foram insuficientes, pois estima-se que até 2030 o número de pessoas em situação de extrema pobreza será de 342 milhões, segundo relatório da Organização das Nações Unidas (ONU) (O GLOBO, 2013).

¹ De acordo com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud), “pobreza multidimensional” é aquela em que há carências em várias dimensões, como saúde, educação e renda. O Índice de Pobreza Multidimensional (IPM) foi criado para superar as medidas tradicionais de pobreza, que se baseavam apenas na renda (UOL NOTÍCIAS, 2013).

Em razão dessas temíveis constatações, o presente estudo pretende revisitar o complexo conceito de desenvolvimento socioeconômico e compreender como essas grandezas têm sido enfrentadas pelo governo Brasileiro.

Referida análise considera também a invariável inserção dessa problemática na economia capitalista e na sociedade de consumo, em que o ato de consumir superou seu caráter de subsistência e passou a figurar como núcleo de todo o sistema cultural.

Assim sendo, busca-se a análise imparcial, afastada de qualquer discussão político/partidária ou de finalidade eleitoreira, das políticas públicas adotadas a fim de assegurar um desenvolvimento socioeconômico por meio da promoção e da tutela do consumo.

Ciente de que não se conseguirá esgotar qualquer problemática que envolve a tutela do consumidor, o presente estudo objetiva apenas a retomada dessa essencial discussão acerca de como o incentivo ao consumo pode contribuir com a redução das desigualdades e a erradicação da miséria. Também, e, conseqüentemente, discorre sobre como esse incentivo influencia no desenvolvimento socioeconômico do Brasil, seja como política de governo ou, principalmente, como política de Estado, no qual tais políticas públicas derivem de uma compreensão mais ampla dos objetivos e princípios constitucionais, podendo, de alguma maneira, a experiência Brasileira ser útil para certas nações.

2.2 O consumo e o desenvolvimento socioeconômico

Outrora unidas por uma relação de colonização e inerente exploração extrativista — na qual os recursos naturais do Brasil eram captados, manufaturados e comercializados por sua colonizadora lusitana —, as nações portuguesa e Brasileira há muito superaram esse modelo de produção arcaico e, independentes politicamente,

passaram a integrar em relativa igualdade o mercado de consumo globalizado, como configurado atualmente.

O transcurso implacável do tempo demonstrou que o extrativismo praticado nas colonizações exploratórias, como era o caso dos portugueses no Brasil, tornara-se insustentável, e, em pouco tempo, a escassez dos recursos naturais e/ou os constrangimentos sociais demandaram sua reformulação, principalmente por conta dos anseios sociais provindos dos ideais políticos revolucionários que eram propagados na Europa.

Ainda que em momentos históricos ímpares e com características mercadológicas de certo modo divergentes, o questionamento, no Brasil e em Portugal, acerca da sustentabilidade do modo de produção e desenvolvimento econômico permanece relevante. Um questionamento que retorna à evidência com as crises que têm arrematado a economia mundial nos últimos anos — envolvendo redução de recursos e aumento das desigualdades sociais e atingindo invariavelmente a sociedade e o mercado desses dois países, cada qual com suas particularidades.

O capitalismo — que atualmente é o sistema econômico vigente na sociedade de consumo — provém de avanços obtidos após o advento da Revolução Industrial e as evoluções tecnológicas e informacionais subsequentes, os quais, em conjunto com a urbanização e promoção do consumismo, consolidaram-no em praticamente todo o globo.

Referida dominação desse sistema se concretizou após o fim da Segunda Guerra Mundial, conforme expôs César Augusto da Silva (2000, p. 1):

Pois nessa nova “desordem mundial” o capitalismo apresenta-se como sistema econômico vitorioso, livre de seu inimigo externo, agora travando combate consigo mesmo, em seu processo civilizatório, com suas tensões e contradições. É o capitalismo entrando em um novo estágio e alcançando agora, definitivamente, o mercado mundial; em mais um de seus saltos de qualidade para superar suas

crises cíclicas e transformar seu regime de acumulação, passando agora notadamente a um sistema flexível.

Justamente por se tratar de um sistema econômico até então de acumulação, cuja sustentabilidade restaria prejudicada, a atuação compulsiva dos consumidores na aquisição dos bens de consumo foi fator essencial para sua perpetuação.

Vale expor que esse consumismo desenfreado também decorre de uma evolução histórica do próprio ato de consumir, que, nos dizeres de Maria Stella Gregori (2010, p. 248), percorreu três fases distintas:

- V. A partir dos anos 1880 até a Segunda Guerra Mundial, iniciou-se a produção e o consumo em massa, com a invenção do *marketing* e a construção do consumidor moderno, que começou a comprar além do necessário para a subsistência, adquirindo produtos que auxiliassem seu conforto, como telefone, rádio e automóvel.
- VI. Por volta de 1950, consolidou-se a denominada *sociedade de abundância*, na qual a atuação do *marketing* e a revolução comercial fizeram com que o consumo fosse diretamente relacionado à felicidade, ou seja, criou-se uma sociedade hedonista na qual o ter sobrepuja-se ao ser.
- VII. No fim da década de 1970, houve um estímulo desenfreado ao consumo e iniciou-se a sociedade do hiperconsumo, ou *sociedade da alienação*, marcada pelo consumo impulsivo, inconsciente e com muito desperdício.²

² Bernard Rodrigues Netto (2012, p. 105), em contextualização similar, pauta-se pelos ensinamentos do filósofo francês Lipovetsky e segmenta essa evolução do consumo também em três fases: a) de 1880 até o fim da Segunda Guerra Mundial houve apenas uma fase de distribuição, na qual a demanda absorvia integralmente a produção industrial; b) posteriormente, entre as décadas de 1950 e 1980, caracterizou-se uma sociedade de consumo marcada pela abundância e pela propagação do consumo em massa; c) por fim, na fase atual, verifica-se uma valoração emocional não mais relacionada somente ao objeto, e sim ao conforto e ao bem-estar proveniente do poder imaginário das marcas.

Ressalva-se que a referida autora destaca um movimento recente, do século XXI, no qual consumidores e produtores, balizados pelos conceitos de sustentabilidade, consomem de modo mais responsável, considerando as externalidades ambientais e sociais de seus atos.

Independentemente dessa louvável conscientização ocorrida recentemente, restou demonstrado que o consumo superou a simples utilidade mercantil, arraigando-se em fundamentos sociológicos e, até mesmo, psicológicos dos consumidores, tornando-o essência de todo o sistema capitalista.

Tal raciocínio foi brilhantemente exposto por Jean Baudrillard (1993, p. 206):

É preciso que fique claramente estabelecido desde o início que o consumo é um modo ativo de relação (não apenas com os objetos, mas com a coletividade e com o mundo), um modo de atividade sistemática e de resposta global no qual se funda todo o nosso sistema cultural.

Por se tratar de alicerce de todo o atual sistema cultural, busca-se sua análise holística, que para os fins do presente estudo se concentra em seus reflexos na macroeconomia, no desenvolvimento socioeconômico e no direcionamento de políticas públicas do Estado Brasileiro.

Ou seja, estudar o consumo facilita uma posterior compreensão de como ele interfere no desenvolvimento socioeconômico, bem como das consequentes políticas públicas que a ele se relacionam. O consumo constitui “fator central, que perpassa todas as dimensões (sociais, econômicas, culturais, históricas, religiosas, dentre outras), inclusive conceitualmente, como forma de lazer, de libertação e até mesmo de cidadania” (PIMENTA, 2010, p. 24).

Diante do contexto apresentado, deduz-se que o crescimento econômico deriva diretamente do ritmo com que o consumo é realizado nos países de economia capitalista.

Tal fato pode ser comprovado ao se revisitar dois discursos paradigmáticos que marcaram a história norte-americana e de toda a sociedade de consumo. Em 1962, o então presidente norte-americano John F. Kennedy, ao ressaltar a importância da proteção dos consumidores, lembrou que todos, invariavelmente, pertencem a esse grupo econômico, de modo que afetam e são afetados por quase toda decisão econômica, seja pública ou privada (KENNEDY, 1962)³. Após os ataques de 11 de setembro de 2001, o líder norte-americano George W. Bush, ao ser questionado sobre o que se esperava da nação, apelou a seus compatriotas para que simplesmente continuassem a consumir (TIME, 2001)⁴.

Trata-se de conclusão aparentemente razoável, ao se compreender que o acréscimo no consumo demandaria um aquecimento no setor produtivo, o que, por sua vez, fecharia o ciclo, demandando mais mão de obra, ao mesmo tempo em que forneceria maior poder aquisitivo aos trabalhadores. Desse modo, teoricamente seria possível manter um crescimento constante da economia. Não significa dizer, contudo, que o consumo representa o único meio de desenvolvimento socioeconômico.

Esse entendimento aproxima-se muito ao da eficiência estática, segundo o qual ela é “aquela traduzida pelo maior grau possível de ocupação da capacidade instalada do sistema produtivo e pelo maior nível de emprego da mão de obra” (NUSDEO, 2002, p. 12).

Ainda de acordo com a teoria da eficiência estática, a aplicação desse conceito deveria ocorrer nas economias desenvolvidas, ou utópicas, mas, ao serem contextualizadas à realidade dos países em desenvolvimento, demonstrava-se falha. Exigia-se, para tanto, uma derivação que se denominou *eficiência dinâmica* e “cujo sentido é o de

³ No discurso original: “Consumers, by definition, include us all. They are the largest economic group in the economy, affecting and affected by almost every public and private economic decision” (KENNEDY, 1962).

⁴ Há certa nebulosidade acerca da autoria dessa declaração, uma vez que, no discurso oficial de Bush, não foram proferidas exatamente essas palavras, ainda que atribuídas ao presidente em inúmeras ocasiões. Presume-se que essa associação tenha ocorrido em razão de uma reportagem publicada na revista Time após esse discurso, na qual, ao comentá-lo, constava: “And for God’s sake keep shopping — ‘I ask your continued participation and confidence in the American economy’ — and keep praying” (TIME, 2001).

levar a uma progressiva ampliação da própria capacidade produtiva de cada país, implicando a também progressiva abertura de postos de trabalho para acolherem os crescentes contingentes populacionais até então ociosos ou disfarçadamente desempregados” (NUSDEO, 2002, p. 12).

Por muito tempo esse modelo de eficácia cunhou de forma definitiva o que se denominou *desenvolvimento econômico* e que foi arduamente perseguido pelas economias nacionais.

Isso refletia também na criação de indicadores socioeconômicos que mensurassem o sucesso das políticas econômicas e o crescimento da capacidade produtiva de cada país, como o produto interno bruto (PIB), bem como o PIB *per capita* gerado para conferir sua proporção à população desses países. Por óbvio que essas são grandezas úteis e podem balizar as políticas governamentais, pois verificam o “quanto aumenta a disponibilidade de bens e serviços e a que ritmo ela ocorre ao longo dos anos” (NUSDEO, 2002, p. 14).

Ocorre que mesmo o PIB *per capita* demonstrava-se insuficiente para mensuração do real desenvolvimento econômico sustentável, pois desconsiderava todos os custos sociais e a desigualdade que eiva grande parcela da economia mundial.

Essa foi a razão pela qual as Nações Unidas implementaram um índice alternativo e complementar denominado *índice de desenvolvimento social* (IDS), agregando valores sociais como, entre outros, o índice de mortalidade infantil e a expectativa de vida, que servem para tentar refletir de modo mais efetivo o desenvolvimento das sociedades.

Novamente, essa percepção nos índices estatísticos apenas serve para materializar uma preocupação de extrema relevância, que é a amplitude do conceito de desenvolvimento buscado pelos governos, de modo a não permitir a limitação desses índices somente ao crescimento econômico. Conforme bem distingue Fábio Nusdeo (2002, p. 17),

É curioso notar que estatisticamente eles poderão ser confundidos, porque em ambos os casos dá-se um crescimento do PIB. O que varia, num caso e no outro, é que no primeiro, desenvolvimento, o crescimento daquela grandeza faz-se concomitantemente com profundas

alterações em toda a estrutura do país envolvido, por trazer como consequência uma série enorme de modificações de ordem não apenas econômica, mas também cultural, psicológica e social. São essas modificações que respondem pela sustentabilidade do processo, ou seja, em cada uma das suas fases deverão estar-se criando condições para que ele continue se manifestando nas fases seguintes. É por isso que o desenvolvimento econômico é dito auto-sustentável.

Ou seja, de nada adianta um crescimento econômico pontual que não tenha repercussão social, visto que não se sustenta, como foi o caso do ciclo do café ou de minerais — ocorrido durante o Brasil Império —, que, salvo heranças históricas aleatórias, somente foi aproveitado à parcela mínima da aristocracia portuguesa e Brasileira. Portanto, o desenvolvimento deve obrigatoriamente ser acompanhado de uma elevação cultural e intelectual, como bem aduz Eros Roberto Grau (2001, p. 252):

A ideia de desenvolvimento supõe dinâmicas mutações e importa em que se esteja a realizar, na sociedade por ela abrangida, um processo de mobilidade social contínuo e intermitente. O processo de desenvolvimento deve levar a um salto, de uma estrutura social para outra, acompanhado da elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário. Daí porque, importando a consumação de mudanças de ordem não apenas quantitativa, mas também qualitativa, não pode o desenvolvimento ser confundido com a ideia de crescimento. Este, meramente quantitativo, compreende uma parcela da noção de desenvolvimento.

Complementada ainda pela vertente ambiental, a evolução socioeconômica somente pode ser efetivamente considerada como desenvolvimento quando concretizada plenamente em todas suas dimensões, de modo sustentável e igualitário.

2.3 Políticas públicas voltadas ao enfrentamento da desigualdade social

A noção sustentável de desenvolvimento decorre da convergência de diversas circunstâncias — principalmente após a Segunda Guerra Mundial —, as quais passaram a evidenciar a impossibilidade de manutenção de um sistema econômico duradouro, no qual apenas cerca de vinte países eram considerados desenvolvidos, enquanto o restante se sacrificava para mantê-los nessa situação, ou mesmo para buscar uma mínima melhora em suas economias internas.

Houve, assim, um despertar acadêmico e político que passou a mensurar também os custos sociais desse maquiado sucesso econômico de uma minoria, conforme já expôs Nusdeo (2002, p. 11):

Bem ou mal, a humanidade passou a se aperceber de que a paz tão duramente conquistada estaria sob permanente ameaça enquanto as formidáveis discrepâncias em níveis de renda e de qualidade de vida entre nações e entre regiões não fossem superadas ou pelo menos atenuadas.

Por óbvio que em um sistema capitalista de acumulação não se imaginaria a plena satisfação de todos os seus integrantes, fato que inclusive divergiria da natureza egoísta e ambiciosa que move referido sistema. Contudo, o que não deve ser ignorado é a proporção com que a mencionada unificação de recursos tem se realizado, o que resulta em uma parcela populacional exageradamente grande em condições miseráveis, ao passo que outra parcela apenas permanece a acumular mais e mais capital. Trata-se de uma marginalização que possivelmente será mantida na sociedade de informação caso não haja atuação governamental, como mencionado por Silva (2010), por meio dos seguintes dizeres:

Porém, o fluxo da brutal exclusão social e do desemprego estrutural, num macroprocesso global, expõe o maior número de perdedores do que de vencedores, sendo que esta mão de obra altamente especializada da sociedade do conhecimento deverá estar isolada pelos que ficarão à margem do processo em andamento.

A título exemplificativo, vale mencionar que estudo realizado em 2013 pela Credit Suisse demonstrou que 0,7% da população adulta concentra 41% de toda a riqueza mundial, apontando ainda que, se um indivíduo possui bens líquidos acima de 8.600 reais, ou cerca de 2.700 euros, já se encontra em situação mais abastada que metade da população mundial (CARTA CAPITAL, 2013).

Em que pese referidos dados desconsiderarem alguns fatores, como variação no custo de subsistência e demais adaptações culturais, trata-se de grandeza que deve alertar a comunidade acadêmica e política, mormente ao se considerar que essa discrepância está consolidada também nas economias consideradas desenvolvidas.

De acordo com a mesma pesquisa, a igualdade de oportunidade e a essencial mobilidade social também têm sido abaladas nos países desenvolvidos, posto que as medidas de austeridade adotadas pelos governos para conter a crise atingem, principalmente, as pessoas que já se encontravam em estado mais vulnerável.

Novamente, a fim de visualizar objetivamente referida análise, importa destacar o Índice de Gini de alguns países afetados pela recente crise econômica, o qual corresponde a um coeficiente macroeconômico utilizado para mensurar a desigualdade na distribuição de renda.

Em uma breve leitura, pode-se observar que países como Espanha e Portugal, que vinham reduzindo a desigualdade exposta nesse índice na última década, sofreram os impactos econômicos a partir de 2008 e frearam esse avanço social (EUROSTAT, 2013)⁵.

⁵ A Espanha, que na primeira metade desta década conseguiu manter um índice que orbitava em 31%, teve um acréscimo abrupto em 2009 que permanece aumentando e, atualmente, fica próximo dos 35%, muito superior à média europeia de 30,5% (EUROSTAT, 2013).

Portugal, especificamente, merece destaque, pois figura como o terceiro país com maior Índice Gini de desigualdade na Comunidade Europeia — atualmente, de cerca de 34,5% —, em oposição aos 30,5% dos demais integrantes da UE, mas que, ao mesmo tempo, significa relativo avanço em relação aos 37% que apresentava em 1995.

Essa variação foi interpretada pelo professor Renato Miguel Emídio do Carmo (2002, p. 16):

E no momento que agora vivemos de profunda crise econômica e social, muitos são os fatores que podem contribuir não somente para a persistência das desigualdades mas para a sua intensificação. De entre estas, salienta-se: o aumento progressivo do desemprego de longa duração; o crescimento do trabalho precário — que afeta sobretudo a população jovem mas não exclusivamente — sem qualquer tipo de proteção social e que em muitas situações se alia a níveis de rendimento relativamente baixos; a diminuição do poder de compra resultante das políticas de austeridade que atingem parte significativa dos trabalhadores; a redução do âmbito de alguns mecanismos de proteção social, designadamente, no abono de família, no subsídio de desemprego, no rendimento social de inserção, entre outros. O agravamento destas situações, muitas delas associadas, provocará um crescimento inevitável das desigualdades e também da pobreza.

Esse interessante apontamento realizado pelo autor converge para o entendimento previamente discorrido acerca das diversas vertentes do desenvolvimento socioeconômico sustentável, uma vez que referidos retrocessos sociais, ainda que impulsionados por uma crise econômica, foram agravados pela carência de políticas públicas que resguardassem adequadamente a dimensão social.

Ao se contextualizar essa discussão no cenário nacional, ainda que em números absolutos seja alarmante e mantenha o Brasil na lista dos dez países mais desiguais do mundo, vale destacar a evolução positiva desses dados.

Absurdamente, na década de 1990 o Índice de Gini Brasileiro ultrapassou os 60%, mas, com o desenvolvimento econômico e, principalmente, as políticas públicas de inclusão que o acompanharam, houve uma considerável melhora na última década, a qual não se enfraqueceu em razão da crise econômica que atingiu o mercado mundial (EUROSTAT, 2013).

Corroborar-se, assim, a necessidade de uma intervenção estatal, a fim de salvaguardar os valores sociais, bem como balizar o crescimento econômico em direção ao desenvolvimento sustentável por meio de políticas públicas.

Essa atuação decorre dos fundamentos do Estado Democrático Brasileiro, conforme disposto no art. 1º da Constituição Federal de 1988⁶, em conjunto com seus objetivos propostos nos artigos subsequentes⁷, como a construção de uma sociedade livre justa e solidária, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais. Conclui-se, assim, que a busca de uma sociedade digna a todos deve ser promovida ativamente pelo Estado⁸. Esses conceitos são louváveis, mas encontram

⁶ “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político” (Brasil, 1988).

⁷ “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (Brasil, 1988).

⁸ Nesse sentido, “Além do específico mandamento constitucional do Estado de promoção efetiva de desenvolvimento e do bem de todos, observa-se a dicção fundamental do dever estatal de estabelecimento de benefícios sociais que assegurem a isonomia dos envolvidos em qualquer atividade por si regulada. Nessa acepção, a Constituição determina que o Estado atue no sentido do pleno atendimento dos objetivos fundamentais da República de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e do exercício de sua atuação em prol de uma melhor qualidade de vida do povo, de maneira a afastar qualquer forma de discriminação ou preconceitos. Elementos esses que constroem a ideia de que o Estado busca, como objetivo fundamental da República, a partir da conjugação dos ditames normativos estabelecidos no art. 3º da CF/88, o efetivo desenvolvimento intersubjetivo de seus partícipes, sendo seu sucesso alcançado quando o mínimo possível de viabilidade deste desiderato é sentido na vida daqueles que estão sob a égide de sua regulação” (FRANÇA, 2013, p. 9.407).

enorme resistência em sua concretização, conforme expôs José Afonso da Silva (2010, p. 789):

Assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, não será tarefa fácil num sistema de base capitalista e, pois, essencialmente individualista. É que a justiça social só se realiza mediante equitativa distribuição da riqueza. Um regime de acumulação ou de concentração do capital e da renda nacional, que resulta da apropriação privada dos meios de produção, não propicia efetiva justiça social, porque nele sempre se manifesta grande diversidade de classe social, com amplas camadas da população carente ao lado de minoria afortunada. A história mostra que a justiça é inerente ao modo de produção capitalista, mormente do capitalismo periférico. Algumas providências constitucionais formam agora um conjunto de direitos sociais com mecanismos de concreção que devidamente utilizados podem tornar menos abstrata a promessa de justiça social. Esta é realmente uma determinante essencial que impõe e obriga que todas as demais regras da constituição econômica sejam entendidas e operadas em função dela.

Torna-se imprescindível, assim, uma atuação política que considere a natureza capitalista, mas que se volte aos objetivos constitucionais, equilibrando a ordem econômica, a fim de cumprir a promessa de justiça social e os demais pilares do Estado Democrático de Direito.

O que se observa é uma manifesta superação doutrinária e política dos pilares do liberalismo, os quais fantasiosamente promoviam a liberdade, a igualdade e a fraternidade, mas que em realidade somente prezavam pela igualdade formal e eram incompatíveis com uma definição legítima de fraternidade. De acordo os ensinamentos de Grau (2001, p. 18),

Quanto à fraternidade, à toda evidência não poderia ser lograda no seio de uma sociedade na qual compareciam o egoísmo e a competição como motores da atividade econômica. O próprio Adam Smith sustentava que a melhor contribuição do seu egoísmo pessoal. Como poderia, uma ordem tal, e qual, realizar a fraternidade?

É possível concluir que há legitimidade do Estado na intervenção na ordem econômica e social, visto que constitui resposta natural a uma omissão liberal que se examinou e se demonstrou evitada pela desigualdade material e pela insustentabilidade. Dessa forma, “a atuação do Estado, assim, não é nada menos do que uma tentativa de pôr ordem na vida econômica e social, de arrumar a desordem que provinha do liberalismo” (SILVA, 2010, p. 786).

O exercício desse papel fundamental do Estado, na solidificação dos direitos sociais e na garantia de cidadania a todos, deve ser realizado pelas políticas públicas, compreendidas como instrumento para conferir eficácia aos direitos humanos em geral e, em particular, aos direitos sociais, segundo análise feita por Bucci (2006, p. 26).

Especificamente no que tange ao desenvolvimento da ordem econômica no Estado Brasileiro, referidas políticas públicas devem buscar a existência digna de todos — conforme os ditames da justiça social — como sua finalidade principal. Devem ter também como princípios, entre outros, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e a defesa do consumidor. Em outras palavras, “preordena alguns princípios da ordem econômica que possibilitam a compreensão de que o capitalismo concebido há de humanizar-se (se é que isso seja possível)” (SILVA, 2010, p. 790).

Remete-se aqui, novamente, ao conceito complexo de desenvolvimento socioeconômico, no qual a política econômica não pode ser ponderada sem se considerar os aspectos culturais e sociais condizentes com a existência digna e a justiça social. Essa conceituação já foi exposta pelo constitucionalista Silva (2010, p. 789):

Um regime de justiça social será aquele em que cada um deve dispor dos meios materiais para viver confortavelmente segundo as exigências de sua natureza física, espiritual e política. Não aceita as profundas desigualdades, a pobreza absoluta e a miséria.

Esse conceito perpassa pela noção de consumo como real instrumento de cidadania na sociedade capitalista, como previamente

exposto, e pela insustentabilidade da desigualdade social, que acaba por marginalizar inúmeros cidadãos em situação miserável e diametralmente oposta a qualquer referência de justiça social.

Essa é a razão pela qual “precisamos da política como prática que encare a realidade de frente de maneira a transformá-la no sentido de uma sociedade e de uma economia mais justas mas também mais funcionais” (CARMO, 2012, p. 22). Ou seja, políticas públicas que compreendam a insuficiência do mercado na consecução de uma existência minimamente digna a todos e que, invariavelmente, considerem a necessidade de uma redistribuição de direitos, competindo ao Estado referida tarefa, conforme expõe Calixto Salomão Filho (2002, p. 41):

Implica atribuir-lhe outra função, talvez até mais onerosa. Em vez de gestão abstrata e macroeconômica da sociedade, cumpra-lhe fazer algo que o particular e o mercado jamais farão: incumbe-lhe redistribuir. É na redistribuição que deve ser identificada a grande função do novo Estado. Trata-se, portanto, de um Estado que deve basear sua gestão (inclusive do campo econômico) em valores e não em objetivos econômicos.

Ressalva-se que não se está a perseguir uma redistribuição ditatória e confiscatória, mas a visar essencialmente à redistribuição de oportunidades, na qual os cidadãos marginalizados pela linha da miséria tenham as mínimas condições de exercer sua cidadania.

Contudo, como na atual sociedade o consumo está intimamente atrelado ao conceito de libertação e cidadania, há de se conferir um poder aquisitivo mínimo a todos, para que consigam atingir um nível de eficiência na busca de oportunidades, inserindo-se, assim, na necessária política redistributiva.

Na verdade, a universalização se insere no gênero mais amplo de políticas públicas de subsídios entre consumidores de alta e baixa renda. Crucificada no Direito Concorrencial como forma de abuso, a discriminação entre consumidores, desde que imposta por via regulatória,

como subsídio setorial, é totalmente admissível como política redistributiva (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 44).

Seja no Brasil, no qual as políticas públicas de redistribuição e erradicação da miséria têm, ainda que gradualmente, ajudado na redução da desigualdade social, seja em países desenvolvidos como Portugal, que tem revisitado essa discussão diante das consequências sociais das últimas crises econômicas, materializa-se uma premente obrigação de unificar cada vez mais as esferas envolvidas no conceito de desenvolvimento socioeconômico. Isso porque, “se os que têm pouco tivessem um pouco mais face àqueles que têm a mais, a nossa sociedade não só seria mais justa, como provavelmente poderia ser mais sustentável do ponto de vista econômico” (CARMOS, 2012, p. 20).

2.4 Análise de algumas políticas públicas adotadas para proteção e incentivo do consumo no Brasil

As referidas desigualdades sociais, contextualizadas aos objetivos constitucionais previstos para o Estado Democrático de Direito Brasileiro, com especial observância à construção de uma sociedade digna e justa socialmente a sua população — reiteradas também como pilares da ordem econômica —, devem ser combatidas pela atuação governamental.

A experiência Brasileira demonstra que, entre outras possibilidades, a solução para o desenvolvimento econômico perpassa pela consolidação de políticas públicas que protejam e, ao mesmo tempo, incentivem o consumo no país.

Isso não quer dizer que as políticas públicas voltadas a educação, saúde pública, segurança etc. não sejam importantes. O que se pretende demonstrar neste estudo é que a geração de renda e a

oportunidade de aperfeiçoamento pessoal e profissional colaboram com a redução das desigualdades, repercutindo no aumento do consumo, no aquecimento da economia e, conseqüentemente, no desenvolvimento socioeconômico.

Com a finalidade de expor o tema, é necessário analisar algumas das políticas públicas de Estado que atualmente podem ser apontadas como projetos bem-sucedidos, criados e implementados pelo governo Brasileiro.

Tais políticas visam à inclusão social, à erradicação da miséria e ao incentivo ao consumo por meio do acesso ao crédito. A consequência da implementação desses ideais está comprovadamente refletida no IDH do Brasil, o qual evoluiu significativamente nas últimas décadas, passando de 0,549, em 1980, para 0,718, em 2011 (PNUD, 2011). Essa evolução foi acompanhada pela redução no Índice de Gini, que chegou ao ápice de 60% em 1990, mas atingiu o percentual de 52% em 2011, seu menor valor em toda a história do país (CARTA CAPITAL, 2012).

2.4.1 Plano Brasil Sem Miséria e Bolsa Família

A primeira política de Estado que exemplifica a busca estatal de seus objetivos constitucionais é o programa denominado *Bolsa Família*, o qual visa realizar a transferência direta de renda e beneficiar famílias que se encontram em situação de pobreza ou de extrema pobreza em todo o país. Vale dizer que o Bolsa Família integra o Plano Brasil Sem Miséria, que tem como público-alvo os 16 milhões de Brasileiros com renda familiar *per capita* inferior a 70 reais mensais e está baseado na garantia de renda e inclusão produtiva e no acesso aos serviços públicos.

Note-se que tal programa possui três eixos principais que o norteiam, quais sejam: (I) transferência de renda para promover a minimização da situação de pobreza; (II) acesso a direitos sociais básicos nas áreas de educação, saúde e assistência social; e (III) ações e programas complementares que objetivam o desenvolvimento das

famílias, proporcionando aos beneficiários meios para superar a situação de extrema vulnerabilidade a que estão sujeitos.

Apesar da existência de contestações oriundas da oposição política e partidária, segundo as quais as famílias deixariam de trabalhar para receber o benefício ou as mulheres passariam a ter mais filhos com a finalidade de ampliar tal benefício recebido, o que se verifica, na prática, é que o valor médio pago com o Bolsa Família é de 149 reais, aproximadamente 49 euros. Ou seja, na prática se comprovou que as argumentações vazias dos opositores partidários eram especulativas e não se sustentavam, posto que tal valor serve efetiva e exclusivamente para erradicar a miséria e reduzir as desigualdades sociais e regionais, permitindo o acesso das pessoas aos bens (produtos e serviços essenciais) e fomentando as economias locais.

O programa busca, além da erradicação da pobreza — que é o seu objetivo imediato —, a criação de novas classes sociais capazes de consumir e auxiliar no aumento do poder aquisitivo das demais camadas sociais do país.

2.4.2 Programa Minha Casa Minha Vida

Outro programa de desenvolvimento social que está sendo implementado no país e que conseguiu surtir efeitos muito positivos na economia é o Minha Casa Minha Vida. Por meio desse programa, o Governo Federal, em parceria com estados, municípios, empresas e movimentos sociais, subsidia empréstimos a fim de propiciar às famílias que possuem renda mensal de até 5.000 reais o financiamento de suas casas próprias.

2.4.3 Programa Minha Casa Melhor

Como extensão do programa citado, o Governo Federal lançou o programa Minha Casa Melhor, com o qual incentiva, novamente por meio

de financiamentos com baixas taxas de juros, os participantes do Minha Casa Minha Vida a realizar a aquisição de móveis e eletrodomésticos para suas residências. Isso significa o aquecimento dos setores varejista e industrial e a manutenção da circulação de riquezas e da geração de empregos.

Especificamente em relação aos bens passíveis de serem adquiridos, é importante mencionar que eles possuem fixação de valor máximo. Com isso, houve incentivo à redução dos preços e à concorrência, pois os preços dos produtos tiveram de ser adequados ao valor máximo.

2.4.4 Vale Cultura

Ademais, outro modo de o Governo Federal incentivar o desenvolvimento social, promovendo o aumento do consumo e a circulação de riquezas, é o Vale Cultura. Com ele os trabalhadores Brasileiros que recebem até cinco salários-mínimos têm acesso a um cartão magnético pré-pago no valor de 50 reais, válido em todo o território nacional, para acesso a bens culturais, ou seja, para ir ao teatro, ao cinema, a museus, espetáculos, *shows*, circos, ou mesmo para comprar ou alugar CDs, DVDs, livros, revistas e jornais.

Os empregadores que adotam o pagamento do Vale Cultura podem realizar o abatimento do valor despendido do valor que é recolhido à título de imposto de renda pela empresa.

É interessante a perspectiva de crescimento desse incentivo à cultura, que pode injetar, na cadeia produtiva do setor cultural, um valor de até 25 bilhões de reais por ano.

2.4.5 Programa Universidade Para Todos (PROUNI)

Por fim, o último programa de incentivo ao desenvolvimento social — e, conseqüentemente, de progresso econômico — implementado pelo governo Brasileiro e que será abordado no presente capítulo é o Programa Universidade para Todos (Prouni).

O Prouni consiste na concessão de bolsas de estudos integrais ou parciais em cursos de graduação e sequenciais de formação específica, em instituições de ensino superior privadas. Foi criado pelo Governo Federal em 2004 e, até o segundo semestre de 2013, atendeu mais de 1,2 milhão de estudantes.

O público-alvo desse programa são os estudantes que, durante o Ensino Médio, estudaram nas redes pública ou privada e cujas famílias possuem renda *per capita* de no máximo três salários-mínimos nacionais vigentes. Os candidatos são selecionados por meio das notas obtidas no Exame Nacional do Ensino Médio (Enem), que vem se mostrando uma forma alternativa ao tradicional vestibular para o ingresso no Ensino Superior.

Às universidades envolvidas no Prouni é concedida a isenção do pagamento de determinados tributos, fato que serve como incentivo para que participem do programa.

Evidentemente que, propiciando mais acesso ao Ensino Superior e permitindo que se estabeleça efetiva concorrência por vagas universitárias entre as pessoas que tiveram uma educação melhor e as que somente tiveram oportunidade de ingresso no ensino público (que, por via de regra, no Brasil é de qualidade inferior), a população das classes sociais menos favorecidas pode obter os benefícios de completar seus estudos e conseguir melhores empregos e a realização profissional e social — o que também reflete no mercado de consumo.

Restou demonstrado, portanto, que a atuação estatal na promoção do desenvolvimento econômico não se limita simplesmente às intervenções no mercado, visto que, para que a referida evolução se sustente, deve-se considerar seus aspectos sociais, como a redução de desigualdades, a erradicação da miséria, o equilíbrio de oportunidades, a educação, entre outros.

É importante, ainda, mencionar aqui um trecho dos ensinamentos de Bucci (1997, p. 95):

O que há de comum entre todas essas políticas, em suas diferentes acepções, dando sentido ao agrupamento delas sob um mesmo

conceito jurídico, é o processo político de escolha de prioridades para o governo. Essa escolha se faz tanto em termos de objetivos como de procedimentos. Para ilustrar, veja-se a política nacional de educação, que externa um conjunto de opções de governo em material de educação, relativas, por exemplo, à concentração de recursos no ensino fundamental, ou à ênfase no ensino profissionalizante e assim por diante. As políticas instrumentais do setor devem estar racionalmente coordenadas com a política maior e adotar as suas prioridades quanto aos meios, viabilizando a realização das finalidades da política principal do setor.

Conclui-se, dessa forma, que essa preocupação social com a redistribuição de renda e a inclusão de uma nova classe consumidora, complementada pelas políticas públicas em outras frentes, promove, conseqüentemente, um desenvolvimento socioeconômico, fortalecendo a economia nacional diante das recentes crises que tem assolado o mercado mundial.

2.5 O incentivo ao consumo como fator de desenvolvimento socioeconômico

Como se discorreu anteriormente, o pleno desenvolvimento socioeconômico decorre de uma evolução quantitativa e qualitativa em amplas dimensões, necessariamente interdependentes, as quais devem ser promovidas por políticas públicas.

Contudo, referida tarefa demonstra-se extremamente árdua ao se tentar harmonizar linhas aparentemente contraditórias, como a acúmulo material e o egoísmo do capitalismo com a justiça social e a redistribuição de oportunidades em um Estado Democrático de Direito. E na persecução desse objetivo, o consumo desempenha função imprescindível, pois, além de ser a base do sistema econômico capitalista, configura-se atualmente como fator central na sociedade, aproximando-se da própria cidadania.

Assim, sem se olvidar das imprescindíveis contribuições sociais voltadas a saúde, educação, segurança e demais quesitos que viabilizem uma existência digna, deve-se compreender o incentivo e a proteção ao consumo como questão nuclear no incremento das políticas públicas voltadas ao desenvolvimento socioeconômico.

Trata-se de conclusão derivada diretamente da leitura constitucional, pois a garantia do desenvolvimento nacional de forma justa, livre e solidária é o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, perpassando pela redução das desigualdades e pela consolidação de uma ordem econômica condizente, cujos princípios somente vêm a reforçá-lo. Dessa forma, as louváveis iniciativas na seara consumerista que exemplificaram o esforço Brasileiro na redução da desigualdade social proveem, justamente, desse mandamento constitucional, assim como a própria tutela do consumidor.

Reiterado no texto constitucional como direito fundamental e princípio da ordem econômica, a defesa do consumidor constitui instrumento igualmente relevante para o alcance dos objetivos expostos, visto que de nada adiantaria a inclusão de nova classe no mercado de consumo, caso este restasse sem a tutela esperada. Essa é a razão pela qual “assume o Código de Defesa do Consumidor relação social ímpar, destacando-se também por este motivo das outras legislações. Trata-se verdadeiramente de diploma legal afinado com as necessidades sociais emergentes” (EFING, 2013, p. 34).

Roberto Senise Lisboa (2011) reitera essa relevância social ao exigir o respeito aos direitos dos consumidores como essencial ao desenvolvimento, posto que estes são agentes econômicos de inegável valor. O autor defende que todos os países do mundo (desenvolvidos ou em desenvolvimento) “devem assegurar o respeito pelos direitos humanos na promoção dos processos de desenvolvimento individual, coletivo, difuso e mediante uma cooperação efetiva, equânime e realista com vistas à sustentabilidade da vida das pessoas, das populações e do próprio planeta” (p. 36).

No processo de democratização da sociedade, consoante expôs Oklinger Mantovaneli Júnior (2006, p. 69), as políticas públicas

não podem ser mais entendidas como simples regulamentação estatal, estendendo-se a responsabilidade social a todas as organizações do espectro social — neste caso específico, a todos os integrantes do mercado de consumo, como os consumidores, os fornecedores, as agências reguladoras e os demais responsáveis pela tutela coletiva dos consumidores⁹.

Assim, convergindo com as políticas públicas de inclusão social mencionadas anteriormente, encontra-se a Política Nacional das Relações de Consumo, a qual, desde sua promulgação, em 1990, objetiva promover o atendimento digno das necessidades dos consumidores e sua integral proteção¹⁰.

⁹ Uma das questões essenciais à promoção de um mercado de consumo condizente com o desenvolvimento socioeconômico perpassa, também, por um consumo balizado pela boa-fé, com amplo acesso às informações e à educação, mormente na utilização consciente de créditos. Acerca do tema, sugere-se as seguintes obras: Gibran (2012) e Frota (2011).

¹⁰ “Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995) I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: a) por iniciativa direta; b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas; c) pela presença do Estado no mercado de consumo; d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho; III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo; V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo; VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores; VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos; VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo”.

Ou seja, qualquer relação de consumo, inclusive a partir dos novos resultados decorrentes da redução da desigualdade social e da erradicação da pobreza, estará amplamente resguardada pela norma consumerista, com a conseqüente garantia de qualidade, adequação, prestabilidade e segurança essenciais a sua manutenção definitiva no mercado de consumo¹¹. Tutela essa que se demonstra ainda mais essencial ao se considerar que o sistema protetivo do consumidor está baseado na vulnerabilidade; assim, a inserção desses cidadãos, antes marginalizados, na nova classe de consumidores não pode ser desacompanhada de informação e educação.

Somente com esse amadurecimento na tutela dos consumidores, com a imprescindível aproximação social e erradicação da miséria, a ordem econômica adequar-se-á aos objetivos constitucionais voltados à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, possibilitando, assim, o desenvolvimento socioeconômico.

2.6 Conclusão

As recentes crises econômicas que assolaram não somente os países emergentes, mas também aqueles considerados desenvolvidos, têm alertado novamente a comunidade acadêmica e política no que tange às problemáticas acerca da sustentabilidade do atual sistema econômico.

A busca por um mero crescimento econômico como objetivo maior da ordem econômica demonstrou-se insuficiente e completamente frágil quando desacompanhada de um desenvolvimento social e sustentável ambientalmente.

Considerando que o atual sistema capitalista é caracterizado pela acumulação e que o consumo se tornou conceito nuclear nas

¹¹ Nesse sentido, “a intervenção estatal no mercado de consumo empreendida pelo direito do consumidor assim se concretiza em homenagem à coletividade consumidora, uma vez que outros ramos do direito, por não tratarem das relações de consumo abrangendo toda a sua complexidade, acabavam por interpretar a matéria de maneira inadequada” (EFING, 2011, p. 109).

dimensões culturais, econômicas e sociológicas — essenciais à cidadania —, o desenvolvimento perpassa pela promoção de um mercado de consumo acessível a todos e justo socialmente.

Ressalva-se que não se está a enaltecer o consumo como única ou melhor forma de desenvolvimento socioeconômico, muito menos que a manutenção do formato atual do sistema capitalista com a concretização da chamada *sociedade de consumo* seja a forma ideal de vivenciar o terceiro milênio. Contudo, enquanto tal cenário permanecer inabalado, deve-se buscar formas de humanizar o capitalismo e, ao menos, viabilizar o acesso aos bens de consumo essenciais a toda sociedade, sejam eles referentes às necessidades básicas, inclusivas, entre outras.

Ou seja, cientes de que o mercado e os particulares não são suficientes para o desenvolvimento que se espera, compete ao Estado atuar incisivamente na promoção de seus objetivos, o que, no caso Brasileiro, constitui o desenvolvimento de uma sociedade livre, justa e solidária, livre da miséria e em constante busca da redução da desigualdade social.

Justamente ao se constatar que o Brasil é um dos países que mais sofre com a desigualdade no mundo — fator que eivaria a sustentabilidade de qualquer crescimento econômico —, importa compreender os instrumentos jurídicos e políticos voltados a seu combate, como as políticas públicas desenvolvidas para promover o consumo e erradicar a miséria.

Novamente ressaltando que o presente estudo se abstém de qualquer posicionamento partidário e visa somente a uma análise acadêmica, conclui-se que políticas públicas aparentemente subsidiárias em realidade são instrumentos essenciais ao desenvolvimento socioeconômico. Isso porque, ao tempo em que auxiliam a erradicação da miséria, promovem um consumo essencial à subsistência da população, trazendo repercussões sociais e econômicas positivas.

Por fim, como as políticas públicas partem de uma regulação estatal, mas estende a responsabilidade social para todas as organizações correlatas, a inclusão de novos agentes no mercado de consumo Brasileiro deverá representar apenas o ponto de partida e ser

acompanhada por todos os seus integrantes, visando a uma consolidação de consumo condizente com as normas constitucionais e consumeristas.

Assim, o exemplo Brasileiro que permitiu a inclusão de aproximadamente 30 milhões de pessoas no mercado de consumo demonstra que o desenvolvimento social por meio da promoção e tutela do consumo auxilia a sustentabilidade econômica, ainda que em tempos de crises econômicas, mitigando, dessa forma, seus efeitos na sociedade.

Referências

BAUDRILLARD, J. *O sistema dos objetos*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1993.

PIMENTA, S. M. (Coord.). *Sociedade e consumo: múltiplas dimensões na contemporaneidade*. Curitiba: Juruá, 2010.

Brasil. Constituição (1988). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 jan. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 jan. 2014.

BUCCI, M. P. D. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, M. P. D. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, M. P. D. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, n. 133, p. 89-98, jan./mar. 1997. Disponível em: <http://www.polo.unisc.br/portal/upload/com_arquivo/politicas_publicas_e_direito_administrativo.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2014.

CARMO, R. M. E. do. *Desigualdades em Portugal*. Lisboa: Le Monde Diplomatique, 2012.

CARTA CAPITAL. *O profundo buraco da desigualdade no mundo*. 18 out. 2013. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/0-7-da-populacao-possui-41-da-riqueza-mundial-6716.html>>. Acesso em: 16 jan. 2013.

CARTA CAPITAL. Em 2011, Brasil atingiu menor índice de desigualdade social da história 25 set. 2012. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/economia/em-2011-Brasil-atingiu-menor-indice-de-desigualdade-social-da-historia>>. Acesso em: 17 jan. 2014.

EFING, A. C. Direito do consumo e direito do consumidor: reflexões oportunas. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. 1, p. 103-120, 2011.

EFING, A. C. *Fundamentos do direito Brasileiro das relações de consumo: consumo, desenvolvimento e sustentabilidade*. 3. ed. ver. atual. Lisboa: Juruá, 2013.

EUROSTAT. *Gini coefficient of equivalised disposable income*. 2013. Disponível em: <<http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&language=en&pcod e=tessi190>>. Acesso em: 16 jan. 2013.

FRANÇA, P. G. Objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e escolhas públicas: perspectivas de caminhos constitucionais de concretização do desenvolvimento intersubjetivo. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 2, p. 9.407, 2013.

FROTA, M. Do regime jurídico do crédito ao consumidor na União Européia e seus reflexos em Portugal: a inversão do paradigma. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 78, p. 23-66, abr. 2011.

GIBRAN, F. M. Direito fundamental à informação adequada na sociedade de consumo como instrumento para o desenvolvimento socioambiental. 2012. 143 f. Dissertação (Mestrado) — Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2012.

GRAU, E. R. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GREGORI, M. S. O novo paradigma para um capitalismo de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 75, p. 247-257, jul. 2010.

KENNEDY, J. F. *Special message to the Congress on protecting the consumer interest*. 15 mar. 1962. Disponível em: <<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

MANTOVANELI JÚNIOR, O. *Políticas públicas no século XXI: a perspectiva da gestão multicêntrica*. Blumenau: Edifurb, 2006.

NUSDEO, F. Desenvolvimento econômico: um retrospecto e algumas perspectivas. In: SALOMÃO FILHO, C. (Coord.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.

O GLOBO. *Mundo terá 342 milhões de pessoas em situação de pobreza extrema em 2030*. Rio de Janeiro, 22 set. 2013. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/mundo-tera-342-milhoes-de-pessoas-em-situacao-de-pobreza-extrema-em-2030-10089210>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

UOL NOTÍCIAS. *Desigualdade mundial diminui, mas 1,57 bilhão ainda vive na pobreza*. Porto Alegre, 14 mar. 2013. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2013/03/14/desigualdade-mundial-diminui-mas-157-bilhao-ainda-vivem-na-pobreza.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud). *Brasil avança no desenvolvimento humano e sobe uma posição no IDH*. 2 nov. 2011.. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/Noticias.aspx?id=2583>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

RODRIGUES NETTO, B. O consumidor para além do seu conceito jurídico: contribuições da filosofia, sociologia e antropologia. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 21, n. 84, p. 71-125, out. 2012.

SALOMÃO FILHO, C. Regulação e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, C. (Coord.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SENISE LISBOA, R. O direito ao desenvolvimento dos consumidores e a tutela coletiva dos seus interesses individuais. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. 1, p. 15-42, 2011.

SILVA, C. A. S. da. *O Direito econômico na perspectiva da globalização: análise das reformas constitucionais e da legislação ordinária pertinente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA, J. A. de. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 33. ed. ver. atual. (até a emenda Constitucional n. 62, de 9.11.2009, publicada em 12.12.2009, com adendo das EC n. 63 e 64/2010). São Paulo: Malheiros, 2010.

TIME. *The Bush speech: how to rally a nation*. 21 set. 2001. Disponível em: <<http://content.time.com/time/nation/article/0,8599,175757,00.html>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

A REFORMA DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL

Paula Vaz Freire

3.1 Introdução

A amplitude das políticas sociais é uma das características mais distintivas das sociedades europeias. Com aproximadamente 7% da população mundial, a Europa gera um quarto da riqueza global e realiza cerca de metade da despesa social mundial.

Na atualidade, muitos Estados europeus estão confrontados com problemas de sustentabilidade dos respectivos sistemas sociais e com a conseqüente necessidade de os reformar. Essa pressão sobre o Estado social na Europa decorre de diversos factores, alguns específicos, outros comuns a todas as sociedades desenvolvidas.

São de referir, desde logo, as profundas alterações dos padrões sociodemográficos, associadas à persistência de baixas taxas de natalidade e ao conseqüente envelhecimento populacional, à alteração da família convencional baseada no provedor masculino, ao declínio do “ciclo de vida ativo” e ao aumento do “ciclo de vida passivo”, em virtude da entrada mais tardia dos jovens no mercado de

trabalho e do aumento da esperança de vida. Além do maior peso relativo de um eleitorado mais envelhecido que incorpora no cálculo político a manutenção dos benefícios sociais existentes, sendo, por isso, mais resistente à mudança.

A subsistência do Estado de bem-estar social, na sua atual configuração, é também desafiada por alterações econômicas estruturais, tais como a transição para uma estrutura pós-industrial caracterizada pelo predomínio do sector terciário e a crescente abertura e integração global das economias, a qual restringe a autonomia e a eficácia na gestão das políticas econômicas nacionais, ao mesmo tempo que inibe o controlo de fluxos de saída de rendimento. A estes aspectos adicionam-se, em muitos países europeus, níveis elevados de desemprego e modestas taxas de crescimento económico.

Em face destas dificuldades, afigura-se incontornável repensar e recalibrar o Estado social a partir de uma análise da sua origem e de suas vicissitudes, bem como da configuração dos diferentes modelos de *welfare state* e dos efeitos económicos e sociais gerados a partir das soluções por eles acolhidas.

3.2 Conceitos essenciais

Numa primeira aproximação, dir-se-á que o Estado social é aquele em que a atuação do poder organizado é, sistemática e deliberadamente, orientada pela prossecução de objectivos de distribuição, de segurança e de igualdade de oportunidades¹.

Ao prosseguir-se uma finalidade de distribuição procura garantir-se que todos, independentemente da participação no mercado, disponham de um mínimo de rendimento compatível com uma existência digna. Em simultâneo, a intervenção do Estado permite diminuir a insegurança dos indivíduos e das famílias perante certas contingências, tais como a doença, o desemprego e a velhice, mitigando os efeitos sociais e individuais decorrentes de situações de crise.

¹ Para uma reflexão sobre o conceito de *welfare state*, vide: Veit-Wilson (2000).

A atuação pública neste domínio orienta-se também pela promoção da igualdade de oportunidades, designadamente, ao assegurar que todos beneficiam de um determinado conjunto de serviços sociais, nas áreas da saúde, educação, habitação, entre outros.

Apesar das diferentes configurações que os Estados de bem-estar social podem assumir, este modelo de organização tem como característica comum estar associado a sociedades capitalistas, nas quais o mercado, enquanto espaço de liberdade estruturado a partir de um enquadramento institucional definidor de direitos de propriedade, constitui o meio primeiro de obtenção do rendimento e, conseqüentemente, de definição da estratificação social. Trata-se, portanto, de um ambiente de liberdade que possibilita a realização de aspirações individuais e a mobilidade social, definindo-se, a partir do seu funcionamento, uma repartição diferenciada do rendimento.

Outro dos aspectos definidores do *welfare state* radica no pressuposto de que existe sempre uma relação Estado-economia, e que dela resulta a conformação da organização social. Tal significa que o Estado introduz alterações ao funcionamento das forças de mercado e que, ao fazê-lo, age como determinante da configuração social.

A implementação do Estado social, nas sociedades desenvolvidas do Pós-Guerra, representou uma alteração dos paradigmas econômico, moral e político. Assim, e no que respeita aos aspectos econômicos, a ortodoxia da pura lógica de mercado dá lugar à ideia de que a segurança do emprego e dos ganhos constituem direitos de cidadania que o funcionamento dos mercados deve respeitar. Sob o prisma moral, o Estado social representou uma generalização dos ideais de justiça social, de solidariedade e de universalidade, surgindo, no plano político, associado ao triunfo das democracias liberais e à diferenciação das suas virtudes em face dos regimes totalitários.

Na tentativa de alcançar uma definição substantiva de Estado de bem-estar social, evidenciam-se dois aspectos configuradores desta forma de organização das sociedades contemporâneas.

Desde logo, trata-se de um Estado cuja maioria das respectivas atividades sistemáticas é orientada para as necessidades de bem-estar das famílias. Tomando como exemplo Portugal, mais de metade da despesa pública é constituída por despesa social, ocupando a segurança social e a ação social o maior quinhão dos gastos sociais, seguidos da saúde e da educação. Neste sentido, nas sociedades europeias, só a partir dos anos 70 se pode falar, com propriedade, da implementação de um modelo de *welfare state*. A este respeito, cumpre fazer a ressalva de que uma análise meramente quantitativa da despesa social pode revelar-se enganadora. Com efeito, não se pode confundir o nível de gastos sociais com o grau ou nível de intervenção, não só porque uma elevada despesa social pode beneficiar apenas alguns grupos privilegiados, como também porque determinadas situações, tais como o aumento do desemprego, determinarão um acréscimo de gastos sem que tal signifique uma evolução qualitativa de bem-estar social.

Por outro lado, acresce que se trata de um Estado em que a cidadania social é assegurada pela consagração de um amplo conjunto de direitos e garantias. A par da tradicional cidadania política, desenvolve-se, com o *welfare state*, uma ideia fundamental de cidadania social, corporizada na garantia de direitos sociais, que alcançam frequentemente o estatuto jurídico-constitucional de direitos invioláveis, associados à qualidade de cidadão.

3.3 Modelos de Estado de bem-estar social

A configuração dos Estados de bem-estar social é muito diversa, caracterizando-se alguns por uma intervenção social pública residual, enquanto que noutros se verifica uma institucionalização universal de benefícios sociais. Naturalmente que não existem “modelos puros”, mas sim características predominantes que os permitem agrupar, sem prejuízo da permeabilidade relativa a feições de outros modelos.

Uma das classificações mais acolhidas, formulada por Esping-Andersen (2006, p. 167-169), faz assentar a distinção dos modelos de *welfare state* em três critérios essenciais: (I) a qualidade dos direitos sociais; (II) a relação Estado, mercado e família; e (III) a estratificação social resultante da intervenção pública. Assim, haverá que atentar ao catálogo de prestações e serviços de natureza social, mas, sobretudo, à sua qualificação enquanto direitos, bem como às garantias institucionais que lhes estão associadas.

O peso relativo e a forma como se relacionam entre si a família, o mercado e o Estado, enquanto fontes de bem-estar individual, permitem também caracterizar as sociedades. A este respeito importa perceber o grau de “desmercadorização” induzido pela existência de prestações sociais, ou seja, a persistência de situações em que tais prestações permitem manter uma pessoa sem depender do mercado para a obtenção de rendimento. Por último, deve ter-se presente o resultado mais ou menos igualitário decorrente da intervenção do Estado, pois o *welfare state* não é apenas um sistema de correção de desigualdades, mas, em si mesmo, um sistema de estratificação social.

Atentos os critérios expostos, distinguem-se os Estados de bem-estar social de modelo liberal, conservador e escandinavo.

O *modelo liberal* caracteriza-se por modestos direitos sociais e por uma vertente assistencialista predominante, combinada com planos de previdência social pouco expressivos. Com frequência, o Estado abstém-se da provisão direta de bens e serviços sociais confiando, por via contratual, a sua produção a terceiros².

A esta configuração de Estado de bem-estar estão associados efeitos sociais de manutenção da estratificação. Trata-se de um modelo assente no pressuposto de que cada um pode obter o adequado bem-estar através do mercado, pelo que o sistema intervém apenas quando o mercado falha, providenciando assistência aos comprovadamente pobres. Deste modo, tende a perpetuar-se uma estrutura

² Subsumem-se a este modelo de organização países como os Estados Unidos, o Reino Unido, a Irlanda, o Canadá e a Austrália.

social dual em que os mais ricos obtêm bem-estar por meio do mercado e apenas os pobres confiam no Estado para a obtenção de benefícios, tais como a educação e a saúde. Encontra-se instituída uma provisão universal de benefícios de nível reduzido, isto é, benefícios básicos iguais, independentes de ganhos ou contribuições anteriores, mas relativamente modestos.

Do modelo liberal resulta como consequência econômica mais relevante a minimização do efeito de “desmercadorização”, uma vez que dele resultam incentivos para que os indivíduos permaneçam no mercado, a fim de manterem o respectivo nível de vida. Acresce-se que o incentivo à participação no mercado decorre não só do caráter residual da assistência social, como também da associação entre o recurso ao sistema e o estigma social da pobreza³.

No que respeita a este tipo de consequências econômicas, aos modelos conservador e escandinavo, por se tratarem de sistemas de previdência social estatal e compulsória com direitos amplos, eles estão, tendencialmente, associados a maiores efeitos de saída do mercado. No entanto, deve-se fazer notar que a dimensão desses efeitos não depende tanto do elenco dos direitos consagrados e garantidos, mas sim dos critérios de elegibilidade, ou seja, das regras que regem as formas de atribuição, em concreto, dos benefícios.

O *modelo conservador*⁴ assume que a responsabilidade primeira pelo bem-estar individual cabe à família e que o Estado intervém quando os recursos da família se encontram exauridos⁵. No entanto, e apesar desta matriz, as sociedades de modelo conservador

³ Sobre a iniquidade de um sistema que rotula (*tagging*) os pobres, vide: Akerlof (1978, p. 17). Outro dos efeitos econômicos do modelo liberal consiste no facto de a atuação do Estado favorecer o mercado de prestadores sociais, ao garantir apenas o mínimo de bem-estar e subsidiar esquemas privados de previdência.

⁴ Integram-se neste modelo os sistemas de países da Europa continental, como a Alemanha, a Holanda, a Bélgica, a Áustria e a França. Integrados no modelo continental, apresentam especificidades o *modelo mediterrânico* (Portugal, Espanha, Grécia, Itália, Chipre e Malta) e o *modelo da Europa Central e de Leste*.

⁵ Na sua matriz, este sistema constitui-se como subsidiário da função de bem-estar a desempenhar pela família. A tradição cultural de relevância e de preservação da família tradicional

desenvolveram-se como sistemas de elevados benefícios, frequentemente com um marcado teor corporativo. Trata-se de sistemas que incorporam uma tradição de corporativismo estatal na qual os direitos surgem ligados a grupos sociais e à manutenção do respetivo estatuto de classe.

O desenho de formas de segurança social corporativa constituiu-se como um meio de reforço dos vínculos de lealdade ao Estado, através da atribuição de benefícios às classes assalariadas e da diferenciação do *status* social entre classes⁶. Este tipo de sistemas mantém, tendencialmente, a estrutura social, ao fazer associar diferentes tipos de benefícios a diferentes tipos de grupos e ao respetivo estatuto social.

Desenvolvido nos países nórdicos a partir dos anos de 1960, o *modelo escandinavo* tem como feição distintiva a consagração de amplos direitos sociais, corporizada em benefícios universais e iguais, aos quais se acrescem benefícios diferenciados, relacionados a ganhos de rendimento (sobretudo na doença, no desemprego e na velhice)⁷. O *welfare state* estruturado nestes moldes incorpora, portanto, benefícios diferenciados, ligados aos ganhos e que correspondem às expectativas individuais.

Este modelo social-democrata ou universal opera uma autonomização do indivíduo relativamente à família e ao mercado, pois o bem-estar não depende destes, mas sim do Estado. O Estado é o primeiro responsável pelo bem-estar; não se espera dele que intervenha apenas quando as capacidades familiares se encontrem exauridas, mas, pelo contrário, verifica-se uma socialização antecipada dos custos da família. A concretização dos direitos sociais não é confiada ao mercado, e a produção de serviços neste domínio é, maioritariamente, assegurada pelo Estado.

reflete-se na menor dimensão — por referência às sociedades de modelo escandinavo — dos mecanismos de apoio à maternidade e de cuidados à infância.

⁶ Por exemplo, através da constituição de sistemas autónomos para funcionários públicos em geral ou para certos grupos de servidores públicos (magistrados, forças de segurança etc.).

⁷ Sistema de países como a Dinamarca, a Noruega, a Suécia e a Finlândia.

Na medida em que todos são beneficiados e são dependentes dos serviços e das prestações sociais públicas, todos se sentem obrigados a pagar, isto é, a assegurar o financiamento do Estado social, designadamente, por meio da tributação. Assim, a conformação do modelo nórdico assenta e sedimenta a existência de uma classe média instrumentalmente comprometida e dedicada à social-democracia, pois, ao combinar o universalismo com benefícios correspondentes aos gostos e às expectativas dessa classe, ela está disposta a trocar o mercado pelo Estado e a contribuir para a sua sustentabilidade. Em síntese, ao combinar uma previdência igualitária mínima de elevado nível de qualidade com formas de previdência não igualitárias, o sistema preserva o universalismo e, simultaneamente, mantém o consenso político-social no que diz respeito à necessidade de contribuir por meio de elevados impostos.

O sucesso deste modelo decorre, em boa parte, do facto de se encontrar orientado para o pleno emprego. Por meio da flexibilidade laboral e de políticas ativas de emprego, nos domínios da qualificação e da formação ao longo da vida ativa, procura-se assegurar a manutenção de elevados níveis de emprego, os quais, por sua vez, garantem a inclusão social e a correlativa capacidade de contribuição para a manutenção do sistema. Opera-se, portanto, uma estreita articulação entre o trabalho e os benefícios sociais, ao entender-se que a própria concretização do sistema se encontra dependente da garantia de elevados níveis de emprego.

3.4 Evolução e sustentabilidade do *welfare state*

Muitos dos primeiros fundamentos teóricos do Estado social, entroncados em ideologias socialistas, justificam esta forma de organização a partir do carácter emancipador da política social, pois os benefícios sociais, ao contribuírem para diminuir a pobreza e a dependência completa do salário, conferem aos trabalhadores condições para o exercício da cidadania. De acordo com esta perspectiva,

a gênese do Estado social é explicada a partir da mobilização das classes assalariadas, que, atuando como força motriz da consagração de direitos e benefícios sociolaborais, aumentam a respectiva capacidade política e forçam o desenho de um novo equilíbrio de poder, no qual daquelas classes ganham uma capacidade crescente de influenciar a distribuição do rendimento.

No entanto, as características e a dimensão atuais do Estado social não foram, predominantemente, determinadas por exigências de movimentos de trabalhadores e de organizações sindicais da “classe trabalhadora tradicional” (operária), uma vez que estas forças só raramente constituíram maiorias eleitorais e, como é sabido, têm vindo a perder relevância na estrutura socioeconómica dos países desenvolvidos. A feição do Estado social contemporâneo resulta muito mais da ação coordenada ou do consenso entre partidos e forças políticas que representam as “novas classes médias” (GALBRAITH, 1999, p. 243-254) — classes com profissões especializadas, maioritariamente do sector terciário e com rendimentos relativamente mais elevados.

Em suma, os modelos de *welfare state*, inicialmente criados para responder às expectativas de uma classe operária industrial relativamente homogénea, desenham-se como sistemas universalistas com base numa estrutura histórica peculiar, em que a maioria da população é composta de “pessoas humildes”, para quem um benefício modesto e igualitário é adequado. Ora, a transição das sociedades contemporâneas para um paradigma pós-industrial representou uma profunda alteração endógena desse quadro, traduzindo-se no surgimento de novas classes médias, que demandam o sistema em moldes quantitativa e qualitativamente mais exigentes.

Se o sistema confere benefícios modestos, os grupos sociais com maiores rendimentos vão procurar complementá-los através de benefícios obtidos por via do mercado (p. ex.: seguros particulares de saúde), o que conduz a uma feição dualista do sistema, ou seja, a um sistema em que os acréscimos de bem-estar social dos mais pobres vão depender, exclusivamente, do Estado, e em que os mais ricos vão

obtê-los, pelo menos parcialmente, através do mercado. Este contexto acentua a tendência de os sistemas perderem a sua configuração social-democrata — fortalecendo características liberais — e determina uma progressiva erosão do apoio político e contributivo das classes com maiores rendimentos ao sistema público.

Por seu turno, se o sistema confere amplos benefícios, o maior peso relativo da classe média — mais preocupada com a manutenção do nível de rendimentos e com a segurança no emprego, em vez de com o pleno emprego —, e a sua predominância enquanto grupo eleitoral, determina uma forte oposição a programas de reforma e de racionalização dos benefícios, o que conduz à exaustão financeira do sistema. Paradoxalmente, este quadro de defesa intransigente da manutenção de benefícios, ao comprometer a respectiva sustentabilidade em longo prazo, afasta o sistema de um modelo social-democrata, forçando o fortalecimento das soluções de matriz liberal de obtenção de bem-estar.

A sustentabilidade do Estado de bem-estar social ameaça a viabilidade futura dos compromissos assumidos na atualidade. Equacionar esse problema significa perspectivar a possibilidade de manter as atuais formas de financiamento de sistemas de apoio social com amplos benefícios, crescentemente solicitados a suportar necessidades e riscos decorrentes de alterações das estruturas ocupacional, demográfica e familiar.

O impasse com que se confrontam muitas sociedades, designadamente na Europa, resume-se a uma “equação” relativamente simples: para se manterem os atuais benefícios, a carga fiscal, que em muitos países é já bastante elevada, teria de aumentar; no caso de não se aceitar esse aumento de impostos, os benefícios terão de diminuir.

O discurso político-eleitoral integra, em geral, a ideia de que é imperativa uma reforma do Estado social, mas sua concretização é muitas vezes adiada, uma vez que pressupõe sempre rupturas com uma parte da base eleitoral de apoio das forças no poder. Acresce-se que, no quadro do debate público, tem sido também difícil alcançar

o desejável consenso social nesse domínio, por força dos enviesamentos ideológicos sobre as virtudes e a medida da intervenção do Estado e dos dogmas sobre a natureza de direitos adquiridos dos direitos econômicos e sociais, bem como sobre a “impossibilidade” de se adoptar uma interpretação atualista dos textos constitucionais.

Apesar desta ausência de consenso, e em face das reais dificuldades financeiras, num contexto de crise, muitos Estados têm vindo a empreender reformas, introduzindo, por exemplo, medidas de redução do carácter universal de certas prestações e de reforma dos sistemas de pensões.

3.5 Conclusão: recalibrar o Estado de bem-estar social

Qualquer forma de organização e de intervenção pública encontra-se sujeita ao devir social, devendo por isso, num processo dinâmico, adequar-se e ajustar-se.

O Estado de bem-estar social não irá, seguramente, deixar de existir nas sociedades que o incorporam como modelo; no entanto, é também seguro afirmar que a sua configuração se alterará por meio de processos mais ou menos profundos de reforma. Como é sabido, muito países europeus, como a Alemanha, na década de 1950, a Holanda, a Bélgica, a Inglaterra, o Luxemburgo, a Dinamarca e a Finlândia, ao longo dos anos de 1990, empreenderam importantes reformas orientadas para a manutenção da sustentabilidade do Estado social.

Algumas lições devem ser recolhidas a partir do sucesso de funcionamento de alguns sistemas e, com base nelas, deve-se formular reflexões sobre as adequadas linhas de ação neste domínio.

Assim, o Estado social deve fazer acompanhar o quadro de prestações e benefícios que o caracterizam de cuidadas regras de

elegibilidade, mas, sobretudo, de: (I) políticas ativas orientadas para o pleno emprego; e (II) mecanismos de formação de consensos.

As políticas de pleno emprego têm por objetivo trazer as pessoas de volta para o mercado de trabalho, diminuindo os efeitos de “desmercadorização” criados pela garantia de determinado rendimento. Trata-se de políticas que combinam a flexibilidade e a segurança no mercado laboral com o investimento social. As políticas sociais são, sob este prisma, entendidas como um factor indutivo do crescimento e do emprego⁸. Por meio delas promove-se o desenvolvimento do capital humano e o seu uso eficiente⁹, bem como o reforço da inclusão social e dos vínculos de solidariedade (LEE, 2013).

Outro vector de fortalecimento do Estado de bem-estar social respeita à formação de consensos, por via da promoção de mecanismos políticos e institucionais de representação de interesses e do reforço da confiança.

O “diálogo social”, ou seja, a concertação de interesses entre organizações sociais, designadamente, de trabalhadores e de empregadores, é fundamental para a implementação de reformas. As análises comparativas demonstram que as alterações estruturais do Estado social são mais bem alcançadas em países com fortes instituições inclusivas neste domínio, ao passo que as economias com instituições fracas revelam menos capacidade de se adaptarem às mudanças. Apesar de estas características de organização social decorrerem de tradições nacionais fortemente enraizadas, não devem deixar de ser feitos esforços positivos no sentido do aumento da representatividade e do envolvimento dos parceiros sociais na conformação do Estado social.

O outro vector fundamental consiste no reforço da confiança como condição para a manutenção das características de

⁸ Os serviços de bem-estar desempenham uma função de investimento produtivo no mercado de trabalho e não apenas de despesa (JORGENSEN, 2009, p. 61).

⁹ Por meio de: medidas de apoio e cuidados à infância, à educação e à formação ao longo da vida; políticas ativas de emprego (p. ex., de apoio a mulheres e famílias monoparentais); regulação e instituições que garantam flexibilidade e segurança no mercado de trabalho.

universalidade do Estado social e de compromisso contributivo da colectividade.

A confiança nas instituições — nomeadamente, através da percepção de que fornecem prestações de qualidade e de que atuam por forma a diminuir os custos de *free ride* e o mau uso dos bens fornecidos pelo Estado — reforça a disposição individual em suportar impostos mais elevados e, conseqüentemente, assegura a sustentabilidade financeira do sistema. Como é sabido, os índices de confiança numa sociedade dependem de factores como a corrupção e a criminalidade, mas dependem também, em muito, da desigualdade social, verificando-se uma correlação *inversa* entre estas variáveis. Em síntese, o aprofundamento das desigualdades concorre para a erosão dos fundamentos éticos do Estado social, e, inversamente, a redução de diferenças sociais constitui uma pré-condição para o sucesso do *welfare state* (GARTNER; PRADO, 2012).

São estes alguns dos desafios com que o Estado social se confronta na atualidade, os quais reclamam a reflexão e o empenho de todos.

Referências

AKERLOF, G. The economics of “tagging” as applied to optimal income tax, welfare programs, and manpower planning. *American Economic Review*, v. 68, n. 1, p. 8-19, 1978.

ESPING-ANDERSEN, G. The three worlds of welfare capitalism. In: PIERSON, C.; GATES, F. G. (Ed.). *The welfare state reader*. 2. ed. Cambridge: Policy Press, 2006, p. 160-174.

FREIRE, P. V. A União Europeia em busca de um modelo de economia social de mercado. In: ESTUDOS em homenagem ao professor doutor Paulo de Pitta e Cunha. v. 1. Coimbra: Almedina, 2010. p. 1021ss.

FREIRE, P. V. A economia social de mercado e o mercado único dos serviços. In: ESTUDOS em homenagem ao professor doutor José Luís Saldanha Sanches. v. 1. Coimbra: Coimbra Ed., 2011. p. 947ss.

- GALBRAITH, J. K. *The affluent society*. London: Penguin Books, 1999.
- GARTNER, S.; PRADO, S. *Inequality, trust and the welfare state: the Scandinavian model in the Swedish mirror*. Högre seminariet, 2012. Disponível em: <<http://www.science.gu.se>>. Acesso em: 15 nov. 2015.
- JOERGES, C.; RÖDL, F. R. "Social Market Economy" as Europe's social model? *EUI Working Paper Law N. 2004/8*, European University Institute, Florence, 2004.
- JORGENSEN, H. *Flexible labour markets, workers' protection and "the security of the wings"*: a Danish flexicurity solution to the unemployment and social problems in globalized economies? Santiago de Chile: CEPAL/United Nations Publications, 2009.
- LEE, C. Welfare states and social trust. *Comparative Political studies*, v. 46, n. 5, p. 603-630, 2013.
- LIEBERT, U. Reconciling market with Social Europe? The EU under the Lisbon Treaty. In: SCHIEK, D., U. L.; SCHNEIDER, H. (Ed.). *European economic and social constitutionalism after the Treaty of Lisbon*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 47ss.
- RAMALHO, M. do R. P. *Direito social da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2009.
- RAMALHO, M. do R. P. O Tratado de Lisboa e o modelo social da União Europeia: algumas notas. In: ESTUDOS em homenagem ao professor doutor José Luís Saldanha Sanches. v. 1. Coimbra: Coimbra Ed., 2011. p. 477ss.
- SCHARPF, F. W. Economic integration, democracy and the welfare state. *JEPP*, n. 1, v. 4, p. 18s., 1997.
- SCHARPF, F. W. The European social model: coping with the challenges of diversity. *JCMS*, n. 40, p. 645ss, 2002.
- SCHARPF, F. W. The double asymmetry of European integration – Or: Why the EU cannot be a social market economy. *MPIfG Working Paper* v. 9, n. 12, 2009.
- VEIT-WILSON, J. States of welfare: a conceptual challenge. *Social Policy & Administration*, v. 34, n. 1, p. 1-25, 2000.

O PAPEL DO DIREITO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A INOVAÇÃO

*Vivian Amaro Czelusniak
Marcia Carla Pereira Ribeiro*

4.1 Introdução

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2013), a incidência de inovação nas empresas e indústrias Brasileiras diminuiu, no período entre a Pesquisa de Inovação (Pintec) de 2008 e a de 2011. Isso ocorreu em empresas industriais de todos os portes: desde as pequenas e médias até as grandes organizações sofreram impactos negativos. Segundo a pesquisa (IBGE, 2013), isso se deu em razão da crise de 2008 e da taxa de câmbio, que flutuou enormemente, incentivando a importação de várias espécies de produtos tecnológicos estrangeiros.

Na crise de 2008, a área de tecnologia da informação foi uma das mais afetadas, em decorrência da pressão para se reduzir custos e riscos, na tentativa de uma rápida retomada de crescimento ao fim dos tempos mais difíceis. Normalmente, os setores de pesquisa e desenvolvimento (P&D) das empresas inovadoras são os primeiros a serem afetados e a sofrerem cortes nos investimentos — apesar de a

lógica ser a de aumentar os incentivos para a inovação, se o intuito é inovar. Ressalta-se que não se sabia exatamente quanto tempo duraria esse período de dificuldades e, por isso, os investimentos nessas áreas tiveram uma baixa significativa, resultando, obviamente, na queda do faturamento das empresas e indústrias inovadoras, que esperavam a retomada da confiança no mercado.

Desde a década de 1990, algumas iniciativas para o incentivo à inovação já vêm sendo realizadas pelo governo Brasileiro. E, com a crise de 2008, parece que a preocupação em continuar a incentivar as atividades inovadoras Brasileiras, com a promoção de políticas públicas de inovação, continua vigente. A partir de 2010, foram apresentadas várias políticas governamentais nesse sentido. E, como não poderia deixar de ser, observa-se uma tendência cada vez maior de se relacionar o desenvolvimento econômico às atividades ligadas às novas tecnologias.

Nesse mesmo sentido, Castells (2006) utilizava o termo *sociedade da informação* para se referir ao novo comportamento da sociedade a partir da década de 1990. Hoje em dia, já se menciona o termo *economia do aprendizado* (LUNDVALL, 2001), por exemplo, destacando-se a *importância* das atividades ligadas ao conhecimento. Não há uma relação direta entre inovação e desenvolvimento. Segundo North (1994), é necessário haver mecanismos institucionais e organizacionais que façam a transferência, para o campo político, dos ganhos econômicos, mas há de se reconhecer uma relação intrínseca entre essas duas variáveis. Esse autor destaca que o crescimento econômico pode ser resultante da evolução tecnológica, mas isso não ocorre necessariamente.

O Brasil, apesar de algumas ações implementadas, ainda necessita de várias outras medidas para que se possa implantar um Sistema Nacional de Inovação efetivo. Nesse contexto, ações para propiciar um ambiente favorável ao desenvolvimento de inovações é o que define a inclusão ou não do país como nação *inovadora*. Segundo Soares (2011, p. 124),

A política que os diversos países adotam com relação à educação e à formação científica, a postura que assumem com relação à propriedade intelectual (registro e quebra de patentes) e as medidas econômicas que implementam (favoráveis ou não à inovação) são essenciais para consolidar uma infraestrutura da inovação. Dependendo de como esse conjunto de ações for conduzido, poderá surgir, ou não, um ambiente propício à inovação.

Considerando esse quadro, o presente estudo tem como objetivo discorrer sobre as políticas públicas de inovação implementadas a partir da década de 1990 no Brasil e, principalmente, discutir o papel do Direito nesse arcabouço e as consequências possíveis de se ter as leis como forma de impulsionar ações em termos de inovação. Assim, o tópico 4.2 do capítulo aborda a inovação, seu conceito e a evolução dos modelos de inovação. O tópico 4.3 apresenta uma explanação sobre as políticas de inovação realizadas no Brasil a partir da década de 1990, e o tópico 4.4 discute o Direito como impulsionador de políticas públicas. No tópico 4.5, são apresentadas algumas avaliações das políticas públicas de inovação no Brasil, seguindo-se para o tópico 4.6, em que são desenvolvidas algumas considerações sobre o papel do Direito no contexto apresentado pelo artigo.

4.2 Inovação

Compreende-se como *inovação* a introdução no mercado de produtos e processos novos (inovações radicais) ou melhorias substanciais (inovações incrementais) em produtos ou processos já existentes. Normalmente, essas modificações nos produtos e processos decorrem de pesquisas nos âmbitos *científico ou tecnológico*.

A inovação decorre de um processo, e a forma como ela inicia e como se desenvolve é objeto de amplos estudos, já que para a economia atual é importante que a organização empresarial, industrial, seja inovadora — ou, em outras palavras, que sempre introduza novos

produtos e processos no ambiente produtivo. Por outro lado, os modelos de inovação são representações criadas para se tentar entender como um processo de inovação evolui.

Um dos primeiros modelos apresentados foi o modelo linear de inovação. Pelo modelo linear acreditava-se que a inovação ocorreria a partir de uma pesquisa básica, normalmente realizada dentro de uma universidade. Essa pesquisa básica seria utilizada em uma pesquisa aplicada, já dentro de uma empresa ou indústria, que desenvolveria produtos ou processos com base nessas pesquisas. Como etapa final do processo, esses produtos ou processos seriam finalmente comercializados e introduzidos no mercado.

Com o passar do tempo, esse modelo linear foi sendo questionado, pois se observou que existiam outros fatores que também influenciavam o processo de inovação. Então novos modelos foram surgindo. Rosenberg e Kline (1986) apresentaram o Modelo do Elo da Cadeia, em que assinalaram a pesquisa e o conhecimento das universidades como fator integrante do processo de inovação. Nesse modelo, a ciência pode ser vista ao longo de todo esse processo de inovação, interagindo em suas diversas etapas (ROSENBERG; KLINE, 1986, p. 289-291). Lundvall (2007) afirma que o Modelo Elo da Cadeia foi importante para o início do desenvolvimento do Modelo Sistêmico de inovação, baseado nos Sistemas Nacionais de Inovação.

Além desses modelos, surgiram também os de Freeman (1995), Freeman e Soete (1997) e da Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD, 2005). Essas abordagens introduziram a perspectiva de que, para a compreensão dos processos de produção, difusão e uso da Ciência, Tecnologia e Inovação (CT&I), devem ser consideradas, também, as influências de elementos organizacionais, institucionais e econômicos.

Por sua vez, modelo da Tripla Hélice de Etzkowitz e Leydesdorff (2001) considera a universidade como um agente para o desenvolvimento social e econômico, evocando mais dois outros atores, o governo e a indústria. Esse modelo analisa principalmente a questão da interação entre Estado, universidade e indústria.

Atualmente, os estudos se voltam ao modelo distribuído, ou de Inovação Aberta. Nesse modelo, de Chesbrough (2003), as empresas articulam ideias internas e externas, desenvolvendo internamente e externamente caminhos de distribuição ao mercado. Alguns veículos para acompanhamento incluem monitoramento de companhias *startups* e contratos de licenciamento. A fronteira entre a empresa e seu ambiente é *porosa*, permitindo mais facilmente a inovação entre duas (ou mais) organizações.

A lógica da Inovação Aberta (CHESBROUGH, 2003) impõe a presença de um ambiente em que haja abundância de conhecimento externo à firma, um ambiente que torne necessário à organização utilizar o conhecimento amplamente para gerar valor, pois é impossível a ela, nesse cenário, trabalhar sozinha. Normalmente, no caso desses ambientes em que há abundância de informação, existem universidades alimentando-os. Para a lógica da Inovação Aberta, é mais interessante compartilhar os custos e os riscos. O conhecimento gerado não precisa ficar restrito apenas à sua rede de valor e, no mesmo sentido, a empresa não precisa utilizar somente conhecimento interno para essa rede, pois pode expandir sua P&D para além das fronteiras da organização.

Chesbrough (2006) ressalta a importância do papel das universidades na Inovação Aberta, dizendo que a participação delas nesse modelo é mais importante do que nos demais modelos de inovação. Segundo esse autor, se, por um lado, para se tornar competitivo é preciso inovar, por outro, para inovar é preciso buscar parcerias e redes de cooperação entre empresas e instituições, a fim de partilhar recursos e conhecimentos — e a universidade é um ator importante nesse processo.

Dessa forma, observa-se que um modelo não exclui os demais, nenhum é mais correto ou mais errado do que outro. Cada modelo tem uma ótica própria, priorizando elementos diversos no processo. Deve-se também destacar que, em todos os modelos, aborda-se a interação de agentes e a necessidade de parcerias entre o ambiente produtivo, o governo e as universidades.

4.3 Políticas públicas para a inovação no Brasil

Ainda existe muita discussão sobre o que é *política pública*. Nesse sentido, para fins deste estudo, considerar-se-á como política pública o conjunto de ações desenvolvidas pelo Estado, seja no âmbito federal, no estadual ou no municipal, com o objetivo de atender determinadas necessidades da sociedade. Cada vez mais, as organizações não governamentais e a iniciativa privada participam dessas ações, colaborando para uma maior efetividade dessas políticas. Dessa forma, as políticas públicas podem ser executadas direta ou indiretamente pelo Estado e implementadas com base em planos governamentais ou a partir de leis. Essas leis podem ter sentido formal — promulgadas pelo Legislativo — e sentido material — atos normativos produzidos pelo Executivo, como decretos, regulamentos, portarias, circulares, instruções normativas, entre outros.

No contexto da inovação, o objetivo das políticas públicas é contribuir para a capacitação de empresas, de instituições voltadas para o conhecimento da população em geral, para proporcionar aprimoramento humano, novas formas de organização empresarial, constituição de redes de atores do setor inovador e novos papéis para as empresas de serviços e universidades, como promotoras do aprendizado (LUNDVALL, 2001). No âmbito do setor tecnológico, com base nos estudos sobre inovação e nos modelos interativos apresentados recentemente, o governo Brasileiro, assim como os de demais países, está agindo no sentido de impulsionar a inovação. Com base, até mesmo, em políticas de outros países (EUA, por exemplo), estão sendo executados planos, como os Fundos Setoriais, e promulgadas leis com o intuito de maximizar e facilitar os processos de inovação.

Esses instrumentos vêm sendo efetivados desde a década de 1990. Uma das primeiras iniciativas foi a Lei de Informática — Lei n. 8.248/1991 —, que dispõe sobre a capacitação e a competitividade do setor de informática e dá outras providências. Essa lei teve várias alterações, e a última delas foi realizada pela Lei n.

11.077/2004. Por meio dessa legislação, determina-se a concessão de incentivos fiscais para empresas do setor de tecnologia da informação, buscando estimular a competitividade das empresas, entre outras medidas.

Em 1999, foram criados os Fundos Setoriais de Ciência e Tecnologia, que são, basicamente, instrumentos de financiamento de projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação (P&D&I). Segundo informações da Financiadora de Estudos e Projetos (Finep, 2012), há 16 Fundos Setoriais; 14 deles são relativos a setores específicos e 2 são transversais. Entre os fundos transversais, um se volta à interação universidade-empresa — Fundo Verde-Amarelo (FVA) — e o outro tem como objetivo apoiar a melhoria da infraestrutura de Instituições de Ciência e Tecnologia (ICTs). O FVA de 2002, por exemplo, veio para equalizar as taxas de juros nos financiamentos para o setor.

Ainda segundo a Finep (2012), a gestão dos Fundos Setoriais é realizada por meio dos Comitês Gestores — existe um desses para cada Fundo. Cada comitê é composto de um representante do Ministério de Ciência e Tecnologia (MCT), que o preside, de representantes dos ministérios afins, agências reguladoras, setores acadêmicos e empresariais, além das agências do MCT, a Finep e o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). São esses Comitês Gestores que definem as diretrizes, as ações e os planos de investimentos dos Fundos.

Nesse sentido, em 2004 foi promulgada a Lei de Inovação — Lei n. 10.973/2004 —, que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Entre as medidas dessa lei, destaca-se o estímulo à construção de ambientes especializados e cooperativos de inovação, por meio do fomento à interação entre ambiente produtivo, órgãos governamentais e universidade e a concessão de subvenção econômica para inovações nas empresas Brasileiras.

No mesmo ano, foi criada a Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI), por meio da Lei n. 11.080/2004,

com o objetivo de promover a execução da política industrial e de ciência, tecnologia e inovação, por meio do gerenciamento das políticas e de apoio técnico especializado. Ainda em 2004, foi apresentada a Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior (PITCE), com o objetivo de maximizar a base industrial, melhorando a capacidade inovadora da indústria Brasileira. A ABDI atua também no âmbito da PITCE.

Tendo em vista o período de existência da PITCE — de 2004 a 2008 —, em 2008, dando seguimento às políticas para inovação, foi apresentada a Política de Desenvolvimento Produtivo (PDP), para o período de 2008 a 2010. O objetivo da PDP foi o de promover a competitividade de longo prazo da economia Brasileira.

Outro instrumento legislativo foi a promulgação da Lei do Bem — Lei n. 11.196/2005 —, que possibilitou incentivos fiscais para empresas do setor tecnológico, permitindo a dedução direta dos dispêndios em Pesquisa & Desenvolvimento (P&D), entre outras medidas.

Com base nesse arcabouço legal e institucional, no ano de 2013 foi apresentado pelo Governo Federal o Plano Brasil Maior (PBM – 2011-2014) (MATTOS, 2013), que incluiu, entre os 11 macros desafios do Brasil, os incentivos a ciência, tecnologia e inovação. O PBM incorpora as iniciativas da Política Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação, consubstanciada na Estratégia Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (ENCTI) 2012-2015. A ENCTI definiu um conjunto de cinco desafios para o Brasil: 1) redução da defasagem científica e tecnológica em relação às economias maduras; 2) expansão e consolidação da liderança Brasileira na economia do conhecimento da natureza; 3) ampliação das bases para a sustentabilidade ambiental; 4) consolidação de um novo padrão de inserção internacional do Brasil; e 5) superação da pobreza e redução das desigualdades sociais e regionais (Brasil, 2013).

Segundo dados oficiais (Brasil, 2013), existem diversos eixos de sustentação para essa política. O primeiro volta-se ao objetivo de promover a inovação dentro das empresas, principalmente com

o aumento do crédito disponibilizado pela Finep e com a criação da Empresa Brasileira de Pesquisa e Inovação Industrial (Embrapii), destinada ao fomento da interação entre instituições de pesquisa e empresas. Além disso, busca-se fortalecer a pesquisa e a infraestrutura científica e tecnológica, formar e capacitar recursos humanos (entre outros, com o Programa Ciência sem Fronteiras) e, ainda, ampliar o financiamento público para o desenvolvimento científico e tecnológico.

Ainda em relação ao setor tecnológico, prevê-se o Planejamento Estratégico 2012-2020 do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI, 2013), que tem como principais metas: i) firmar-se como entidade produtora e disseminadora de conhecimentos em Propriedade Intelectual (PI); ii) aumentar o número de solicitações de registros de ativos de PI, de publicações em PI, de pessoas e de instituições públicas capacitadas — inclusive aquelas atuantes em comunidades indígenas e detentoras de conhecimentos tradicionais — e criar o Observatório Tecnológico sobre PI; iii) reduzir o prazo de concessão dos ativos de PI; iv) criar sistema colaborativo integrado de PI na América do Sul; v) aperfeiçoar os mecanismos de cooperação técnica em PI, com vistas ao crescimento da transferência de tecnologia, assim como organizar dados, produzir informações e desenvolver serviços de apoio para o licenciamento de direitos e a transferência internacional de tecnologia.

Entre as iniciativas que o INPI pretende tomar para cumprir essas metas, estão:

- I. ampliar a inserção do tema “PI e inovação” em atividades acadêmicas e empresariais, a oferta de cursos de curta duração e de pós-graduação em PI e o acesso a bancos de dados de PI;
- II. implantar os sistemas de depósito *on-line* de Desenho Industrial (e-DI), de Patentes (e-Patentes) e de Contratos de transferência de tecnologia (e-Contratos);

- III. criar o Centro Brasileiro de Material Biológico e o Observatório de Tecnologias Estratégicas do INPI;
- IV. definir o plano de criação e promoção de indicações geográficas Brasileiras e sul-americanas e o Programa INPI da Qualidade;
- V. aprofundar a cooperação com o sistema internacional de PI e, adicionalmente, com a criação de uma rede na América do Sul;
- VI. aperfeiçoar a legislação relativa à PI e ao sistema de depósito online de Marca (e-Marcas);
- VII. levantar informações tecnológicas em apoio às atividades de PD&I e proteger os direitos de PI decorrentes dessas atividades;
- VIII. capacitar, em PI, aqueles que atuam com as comunidades detentoras do conhecimento tradicional;
- IX. disseminar as práticas de proteção dos ativos de PI no exterior e a sua defesa;

4.4 O Direito é impulsionador de políticas públicas?

Segundo Coase (1988), o mercado, como fato social, serve de espaço de trocas de bens e serviços e existe como uma instituição social espontânea, reduzindo os custos para que tais trocas se efetivem. O mercado não está separado da sociedade, pelo contrário, apresenta-se como parte integrante dela. Nesse sentido, as medidas tomadas pelo Estado, seja no âmbito federal, no estadual ou no municipal, com o objetivo de atender necessidades determinadas da sociedade, permeiam também e necessariamente o setor mercadológico.

Como forma espontânea, o mercado é espaço para as negociações das forças da oferta e da procura que resultam em um dado equilíbrio. Esse equilíbrio pode ser negativo ou positivo e advém das expectativas dos agentes econômicos que interferem nas negociações das forças produtivas (de oferta e procura). Como há a possibilidade de essas lógicas mercadológicas não funcionarem sempre de modo eficaz e adequadamente, existe a necessidade de intervenção ou de regulação pelas instituições jurídicas.

As imperfeições do mercado aumentam os custos de transação, que são aqueles que devem ser suportados pelas partes para negociarem ou para fazerem cumprir um contrato, por exemplo. Assim, surge a necessidade de intervenções, realizadas muitas vezes pelo Direito, que procura minimizar os custos de transação quando os próprios agentes econômicos não o fazem no espaço espontâneo do mercado.

De acordo com Coase (1988), quanto mais seguras e desenvolvidas forem as instituições, ou seja, quanto mais consistentes forem os tribunais e as agências reguladoras e quanto mais houver previsibilidade nas ações governamentais e no sistema jurídico de um país, menos custos de transação existirão e mais facilmente ocorrerão as negociações no mercado.

Essa nova visão do Direito em questões de políticas públicas é trazida pelos estudos de Direito e Economia. Conforme afirmam Cooter e Ulen (2010, p. 33), “a economia nos ajuda a perceber o direito de uma maneira nova [...]”, como “[...] incentivos para mudar o comportamento — isto é, como preços implícitos — e como instrumentos para atingir objetivos de políticas públicas”. Segundo esses autores, na teoria clássica era normal ver o papel do Direito como ferramenta para a justiça ou como provedor da justiça, mas ele não é só isso: o Direito também pode ser visto como incentivador de comportamentos.

Pinheiro e Saddi (2005, p. 12), sobre a obra de Coase (1988), afirmam que o Direito, visto sob uma perspectiva econômica, desempenha quatro papéis básicos: 1) protege os direitos de

propriedade privados; 2) estabelece as regras para a negociação e a alienação desses direitos (podendo ser entre agentes privados ou entre agentes privados e o Estado); 3) define as regras de acesso e de saída dos mercados; e 4) promove a competição e regula tanto a estrutura industrial como a conduta das empresas nos setores em que há monopólio ou baixa concorrência.

North (2010, p. 15), no mesmo sentido dos autores referidos anteriormente, argumenta que: “Instituições formam a estrutura de incentivos de uma sociedade, e as instituições políticas e econômicas, em consequência, são os determinantes do desempenho econômico”. O tempo, como relacionado à mudança econômica e social,

é a dimensão em que o processo humano de aprendizagem do ser humano molda a forma como as instituições evoluem. [...] O aprendizado incorporado em indivíduos, grupos e sociedades [...] é cumulativo através do tempo e [...] passa de uma geração para outra através da cultura de uma sociedade (p. 15).

As instituições são concebidas pelos indivíduos em suas interações. São feitas de restrições formais (regras, leis, constituições) e de restrições informais (normas de comportamento, convenções, códigos de conduta e suas características compulsórias) (NORTH, 2010, p. 16), as quais, juntas, definem a estrutura de incentivos da sociedade e da economia, especificamente. Segundo North (2010), é caro transacionar; portanto, quando isso ocorre, as instituições são importantes.

Ainda de acordo com North (2010, p. 27-28), “as políticas moldam significativamente o desempenho econômico porque definem e aplicam as regras da economia. Portanto, uma parte essencial da política de desenvolvimento é a criação de organizações políticas que criem e façam valer os direitos de propriedade eficientes”. Entretanto, esse autor adverte que se sabe

muito pouco sobre como criar essas políticas porque a nova economia política (a nova economia institucional aplicada à política) tem sido amplamente focada nos Estados Unidos e nas políticas desenvolvidas. Uma necessidade premente de pesquisa é o modelo do Terceiro Mundo e do Leste Europeu.

Coutinho (2013) discute a falta de interesse da comunidade jurídica Brasileira em estudar e questionar as funções desempenhadas pelo Direito, já que é possível observar e compreender os papéis do Direito nas políticas públicas. Por isso, segundo esse autor, seria possível, em tese, aperfeiçoar essas políticas a partir de uma perspectiva jurídica.

Apesar de serem mais escassos os estudos sobre a relação entre o Direito e as políticas públicas em países como o Brasil, nota-se que algumas ações estão sendo tomadas, espelhando o que ocorre em países desenvolvidos. Nesse sentido, o Direito acaba por exercer um papel coordenador e articulador na construção de um padrão institucional, para que seja possível a concretização das políticas públicas. Age como coordenador, por exemplo, quando define os papéis dos agentes e suas atribuições na política a ser adotada, ou seja, como esses agentes interagem etc. Exerce papel articulador quando, por exemplo, proporciona incentivos às interações dos agentes, como no caso da Lei da Inovação, que incentiva as parcerias entre o ambiente produtivo e as Instituições de Ciência e Tecnologia (ICTs).

Segundo Coutinho (2013), o papel do Direito não é apenas constitutivo de políticas públicas, mas também um componente-chave para sua implementação, pois não define somente seus objetivos, permeando todas as suas fases, até o final, como na avaliação dessas políticas. Coutinho apresenta uma tabela (Tabela 1) que resume as várias atuações possíveis do Direito nas políticas públicas, feita com base no estudo de vários autores que trataram sobre o tema:

Quadro 1 – Papel do Direito nas políticas públicas

	DIREITO COMO OBJETIVO	DIREITO COMO ARRANJO INSTITUCIONAL	DIREITO COMO FERRAMENTA	DIREITO COMO VOCALIZADOR DE DEMANDAS
IDEIA-CHAVE	Direito positivo cristaliza opções políticas e as formaliza como normas cogentes, determinando o que <i>deve ser</i> .	Direito define tarefas, divide competências, articula e coordena relações intersetoriais no setor público e entre este e o setor privado.	Como “caixa de ferramentas”, Direito oferece distintos instrumentos e veículos para implementação dos fins da política.	Direito assegura participação, <i>accountability</i> e emobilização.
PERGUNTAS-CHAVE	Quais os objetivos a serem perseguidos por políticas públicas? Que ordem de prioridades há entre eles?	Quem faz o quê? Com que competências? Como articular a política pública em questão com outras em curso?	Quais são os meios jurídicos adequados, considerando os objetivos?	Quem são os atores potencialmente interessados? Como assegurar-lhes voz e garantir o controle social da política pública?
DIMENSÃO	Substantiva	Estruturante	Instrumental	Participativa

Fonte: GOUTINHO, 2013, p. 23.

Sob a ótica da economia, o Direito possui como função principal promover previsibilidade e segurança aos agentes econômicos, bem como definir claramente direitos de propriedade e regras sobre os contratos e a concorrência, reduzindo, assim, os custos de transação, no intuito de corrigir as falhas de mercado. Assim, o Direito atua como implementador de políticas públicas por via transversal, propiciando um ambiente no qual elas possam ser desenvolvidas de modo mais eficiente. Além disso, observa-se que o Direito, em alguns casos, pode ser utilizado como instrumento fomentador e de correção de políticas públicas, quando atua em sua coordenação e articulação e, também, no fim de seu ciclo, na etapa de avaliação.

4.5 Avaliações das políticas públicas para a inovação

A partir das ideias desenvolvidas nos tópicos anteriores, nesta seção serão apresentadas algumas avaliações de políticas públicas desenvolvidas no âmbito da área da inovação. Essas pesquisas não trazem uma visão completa dos resultados das políticas públicas, mas podem servir como base para discussões. Aqui o foco são as políticas de inovação implementadas por meio de leis, como a Lei da Informática, a Lei do Bem e a Lei da Inovação. Os planos — por exemplo, o Plano Brasil Maior —, por se tratarem de metas ou objetivos traçados para atuação do Estado, serão também abordados, haja vista que algumas das metas traçadas têm como instrumento uma lei para sua implementação. Assim, por via transversal se pode dizer que também os planos são objeto das avaliações aqui relatadas.

Os dados são provenientes da Pesquisa de Inovação (Pintec), que é realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), com o apoio da Financiadora de Estudos e Projetos (Finep) e do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI) (IBGE, 2013). Essa pesquisa levanta dados, por exemplo, sobre gastos com atividades

inovadoras, fontes de financiamento para inovação, impacto das inovações no desempenho das empresas, fontes de informações utilizadas, arranjos cooperativos estabelecidos, papel dos incentivos governamentais, obstáculos encontrados pelas atividades de inovação, inovações organizacionais e de *marketing* e uso de biotecnologia e nanotecnologia. Nem todos esses aspectos serão mencionados neste estudo, somente alguns que se entende serem importantes à discussão dos temas propostos.

Um dos objetivos da Lei da Inovação é estimular a interação dos atores em atividades inovadoras, principalmente entre universidade e empresa/indústria. Contudo, os dados da Pintec demonstram que ainda há um baixo número de cooperações das empresas industriais. A Pintec 2008 levantou que 10,1% das empresas utilizavam-se de cooperações, e a Pintec 2011 apresentou um pequeno aumento: o percentual passou para 15,9% (IBGE, 2013).

Um elemento importante da Pintec 2011 para o presente estudo se refere ao “Apoio do Governo”. Essa pesquisa permite a análise das empresas que se beneficiam de programas de apoio governamental para inovação e, ainda, a análise dos instrumentos de apoio oferecidos pelo governo às atividades inovadoras. De acordo com o apurado, as empresas inovadoras utilizaram principalmente o financiamento para compra de máquinas e equipamentos (25,6%) e programas de apoio que ofertam bolsas, como o das Fundações de Amparo à Pesquisa (FAPs) e o do Programa Recursos Humanos para Áreas Estratégicas (RHAE-Inovação), do CNPq.

Os programas de aporte de capital de risco do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e da Finep, como compra governamental, incentivos fiscais concedidos pelos estados especificamente para o desenvolvimento de pesquisa e inovação (P&D), também foram mencionados por 7,9% das empresas inovadoras. Os programas menos utilizados, segundo a pesquisa, foram: a subvenção econômica, mencionada por 1,0% das empresas industriais, e o financiamento a projetos de P&D e inovação tecnológica em parceria com universidades ou institutos de pesquisa, mencionado por 1,3%.

Em relação à Pintec 2008, houve um aumento de 64,4% na utilização dos incentivos, segundo a Pintec de 2011. Ademais, a pesquisa constatou que, como na Pintec 2008, as grandes empresas foram as que obtiveram mais benefícios desses programas governamentais (IBGE, 2013).

Já em relação às empresas inovadoras da Indústria, o financiamento para compra de máquinas e equipamentos foi o mais utilizado, totalizando 27,4%, segundo a pesquisa. Os menos utilizados foram a subvenção econômica, mencionada por 0,8% das empresas, e o financiamento a projetos de P&D e inovação tecnológica em parceria com universidades ou institutos de pesquisa, citado por 0,9% delas.

Sobre os incentivos fiscais para pesquisa e desenvolvimento de inovação tecnológica da Lei do Bem, o percentual de empresas industriais inovadoras que se utilizaram dos seus benefícios soma 2,5%. Mas a pesquisa destaca que, se for levado em consideração o porte daquelas que possuem 500 funcionários ou mais, o número aumenta para 39,4%. Por outro lado, o incentivo fiscal da Lei de Informática e o financiamento a projetos de P&D e inovação tecnológica sem parceria com universidades ou institutos de pesquisa beneficiaram um menor número de empresas industriais entre o período das duas Pintecs (IBGE, 2013).

Nas empresas de Serviços selecionadas pela pesquisa, 30,0% das inovadoras utilizaram-se de algum mecanismo de apoio do governo. Esse número também é formado por empresas de médio e grande porte, somando 71,8% do total de 30%. Essas empresas utilizam principalmente o financiamento a P&D e compra de máquinas e equipamentos, num total de 9,3%. A pesquisa constatou, ainda, que a principal fonte de financiamento das atividades das empresas inovadoras são os recursos próprios, mencionados por cerca de 80,0% delas (IBGE, 2013).

A Pintec 2011 identificou as dificuldades relatadas pelas empresas nas atividades inovadoras. 72,5% das empresas inovadoras do setor de Indústria atribuíram importância média ou alta à falta de pessoal qualificado, e o custo da inovação foi lembrado por 81,7%

delas como sendo seu maior obstáculo. Depois desses, o risco foi mencionado por 71,3%, e a escassez de fontes de financiamento, por 63,1% (IBGE, 2013).

Mais recentemente, alguns autores, interpretando esses dados da Pintec ou, ainda, realizando outros tipos de pesquisa, apresentaram suas considerações sobre o impacto do marco legal da inovação — Lei do Bem, Lei da Inovação e Lei da Informática. A seguir são citados alguns desses trabalhos e seus resultados.

Em relação à Lei da Informática, Pacheco (2013) destaca que ela proporciona um aumento da capacidade de inovação para as empresas que se utilizam dos incentivos previstos; entretanto, a inovação se concentra no setor de tecnologia da informação e comunicação (TIC — programas de computador, entre outros) e possui uma densidade científica e tecnológica baixa, baseada em desenvolvimento experimental. Além disso, a Lei estimula a produção de bens finais, com pouca agregação de valor na cadeia de produção e nas exportações e proporciona mais vantagens às médias empresas, e não às pequenas e às grandes. Pacheco destaca que os limites da Lei da Informática são os de reverter os diferenciais de competitividade das empresas e induzir estratégias inovadoras, embora tenha bons resultados nas médias empresas. Assim, são necessários incentivos além dos trazidos pela Lei da Informática, como a regulação setorial (criar mercados competitivos), os regimes tributários especiais (progressiva redução da carga) e o estabelecimento de nichos para os investimentos (engenharia, *design*, automação, entre outros).

Kannebley Júnior e Porto (2012) corroboram as impressões de Pacheco (2013), em relação à falta de efetividade da Lei da Informática em promover desenvolvimento tecnológico e ganhos de produtividade nas empresas nacionais para a competição no contexto internacional. Para esses autores, a Lei apoia a manutenção de empresas para competir somente em nível doméstico. Já Salles Filho et al. (2012) informam que as empresas usuárias da Lei da Informática inovaram duas vezes mais do que as demais

empresas da indústria e que houve um aumento no registro e no depósito de propriedade intelectual dessas empresas, inclusive no exterior, no período de 2002 a 2008. Ou seja, a Lei contribuiu para o adensamento da cadeia produtiva de TICs no Brasil. Segundo a pesquisa de Salles Filho et al. (2012), a principal motivação para o uso da Lei da Informática é a redução de custos de produção. Os mesmos autores também se referem à incapacidade da Lei em gerar ganhos de produtividade e aprimorar as exportações.

Mendes, Oliveira e Pinheiro (2013), em um estudo em que procuram avaliar os marcos da inovação (Lei da Inovação e Lei do Bem), concluem que houve uma evolução nos indicadores de inovação após a vigência das referidas leis, baseados em gráficos do MCTI. Além disso, apontam uma evolução quanto aos dispêndios privados em P&D, que aumentaram de 0,42%, em 2004, para 0,57%, em 2009. Contudo, esse estudo não demonstra uma relação direta entre a melhoria dos índices e a efetividade da Lei da Inovação e da Lei do Bem. A relação refere-se somente ao período em que a evolução ocorreu, que coincide com o período pós-promulgação das leis.

Sobre a Lei do Bem, Matias-Pereira (2013), descrevendo suas impressões, diz serem necessários ajustes nessa lei, a fim de proporcionar a ampliação do número de empresas participantes dos benefícios, tendo em vista a impressão de que aquelas que aderiram aos programas de incentivos promovidos pela referida lei estão, sim, tendo *ganhos*. A limitação para uma ampliação dos bons resultados está na limitação às empresas de lucro real, o que impede que as pequenas e médias empresas também se beneficiem do programa de incentivos. Segundo esse autor, os bons resultados da Lei do Bem se devem ao fato de que os incentivos desta estão direcionados ao mercado e são de baixo custo administrativo, o que estimula o interesse das empresas industriais a aderir à referida lei.

Kannebley Júnior e Porto (2012), ainda se referindo à Lei do Bem, afirmam, com base em um estudo pautado em modelos

econométricos, que o impacto dessa lei sobre o nível de dispêndio em P&D&I interno é de, em média, 7% a 11%, o que é considerado um bom indicativo sobre os motivos da maior adesão das empresas aos incentivos da Lei. Um dos benefícios citados na pesquisa, e que foram explicitados pelos empresários, é a continuidade dos investimentos, que permite o financiamento de projetos de maior risco. Esses autores também identificaram como uma desvantagem da Lei a sua utilização apenas por empresas de lucro real, como já referido. Além disso, detectaram, entre os empresários, outras desvantagens, como o excesso de burocracia para a requisição do benefício e na prestação de contas a ser realizada (preenchimento de formulários) e, ainda, um desconhecimento sobre como utilizar os benefícios. Dessa forma, alguns empresários têm receio de que, não utilizando adequadamente os benefícios, possam ser punidos ou tenham algum outro tipo de problema com a Receita Federal.

Em relação à Lei da Inovação, há estudos mais focados em realidades determinadas, principalmente em avaliações feitas em Instituições de Ciência e Tecnologia (ICTs). Apesar de esses estudos serem delimitados, também podem apresentar algumas tendências das contribuições ou não que a Lei da Inovação traz às atividades inovadoras das empresas e indústrias.

Em Czelusniak (2010), identificou-se que, se bem utilizada a Lei da Inovação, ela pode ser benéfica à criação de estruturas, nas ICTs, capazes de auxiliar os processos de inovação advindos dos TCCs de graduação. O estudo propôs uma pesquisa de campo que teve como objeto de estudo os projetos oriundos de TCCs dos alunos e egressos do curso de Engenharia Industrial Elétrica, ênfase em Eletrônica/Telecomunicações, da Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR), *campus* Curitiba, PR. Como resultado, identificou-se a tipologia de situações referentes às interações observadas com os alunos de Áreas Tecnológicas no desenvolvimento de seus projetos. Foi feito um mapeamento das dinâmicas ocorridas e das dificuldades enfrentadas pelos alunos em termos de

proteção dos direitos de propriedade intelectual do projeto e da transferência e comercialização desses projetos.

Como resultados da pesquisa, verificou-se que os TCCs estão incluídos em um ambiente de Inovação Aberta e que o ponto de interrupção do processo de inovação desses TCCs está na proteção e na transferência da tecnologia desenvolvida. Considera-se que, para a maximização da inovação a partir dos TCCs, as ICTs poderiam adotar medidas como: incorporação de profissionais da Área Tecnológica para viabilizar a proteção dos direitos de propriedade intelectual dos projetos; incorporação de profissionais da área jurídica para atuar na elaboração e na consultoria de contratos de tecnologia; incorporação de profissionais de Inovação Aberta, para auxílio na transferência da tecnologia e de direitos de Propriedade Intelectual (PI) dessas Instituições, e, também, de profissionais que possam expandir informações sobre PI e proteção desses direitos a servidores, alunos e demais pessoas envolvidas com elas, bem como esclarecimentos sobre o que dispõe o Regulamento de cada ICT sobre esses temas.

Sobre os Planos Setoriais desenvolvidos pelo Governo Federal nos últimos anos, Soares, Coronel e Marion Filho (2013) destacam que, embora não tendo alcançado os objetivos e as metas traçados inicialmente, a Política de Desenvolvimento Produtivo (PDP) foi apontada como um importante passo rumo à elaboração de uma política industrial consistente no país, além de servir de base para a elaboração do Plano Brasil Maior, adotado pelo governo Dilma em 2011. Já o Plano Brasil Maior demonstra ser uma continuidade à política industrial do governo, apresentando poucas novidades. Como consequência, as expectativas dos atores envolvidos no ambiente produtivo Brasileiro foram frustradas, pois eles esperavam medidas mais audaciosas.

Os entrevistados na pesquisa realizada por Soares, Coronel e Marion Filho (2013) mencionaram a necessidade de medidas mais profundas, como reformas estruturais — por exemplo, a reforma tributária e fiscal e a reforma trabalhista e previdenciária —, além de

investimentos em infraestrutura e logística. Contudo, percebe-se a repetição de equívocos anteriores nesses Planos Governamentais, permanecendo os antigos problemas, carentes de soluções. Como o Plano Brasil Maior ainda se encontra em execução, os dados em relação a ele ainda podem sofrer alterações.

4.6 O Direito e as políticas públicas para a inovação

Como se observa dos dados apresentados, foi escolha governamental Brasileira realizar políticas sobre inovação por meio de leis, como a Lei da Informática, a Lei da Inovação e a Lei do Bem, aliadas a Planos Setoriais para o segmento.

No entanto, de acordo com a Pintec (2011), há um baixo número de cooperações entre os agentes do ambiente produtivo. Esse fato preocupa, tendo em vista que, no ambiente inovador, é importante haver uma rede capaz de fomentar as atividades, como demonstrado, por exemplo, por Chesbrough (2003). Atente-se, ainda, para o fato de que há uma lei criada para incentivar a promoção dessas cooperações entre empresas/indústrias, universidades e Governo, que é a Lei da Inovação. Dessa forma, percebe-se que os resultados esperados ainda não foram alcançados.

Segundo a Pintec, de 2008 a 2011 houve um aumento significativo na utilização de incentivos governamentais; entretanto, ainda há uma subutilização destes por empresas que, apesar de aptas, não se interessam, além das empresas e indústrias que querem utilizar esses recursos, mas ainda não conseguem se enquadrar nos requisitos. Os financiamentos para compra de materiais ainda são os incentivos mais utilizados, seguidos dos programas de bolsas. Contudo, as subvenções, mecanismo extremamente relevante, do ponto de vista dos retornos que possibilitam para as empresas/indústrias, pois se tratam de recursos não reembolsáveis,

são utilizadas por percentuais inexpressivos das empresas e indústrias inovadoras Brasileiras. Além disso, as empresas de porte médio são as que mais estão se beneficiando dos incentivos governamentais (IBGE, 2013). Em alguns casos, como na Lei do Bem, há uma impossibilidade de as pequenas empresas utilizarem os benefícios; entretanto, elas poderiam aderir a outras formas de incentivos. Talvez uma explicação de por que as grandes empresas não se utilizam tanto dos mecanismos de incentivos governamentais seja o fato de que normalmente elas estão mais preparadas para o ambiente inovador e consigam melhores resultados por si próprias. Segundo Schumpeter (1988), as grandes empresas têm mais capacidade de gerar inovações e de resistir no mercado, em relação às pequenas, já que entre as grandes o ritmo de introdução de inovações é mais intenso.

A escassez de fontes de financiamento e o custo da inovação, além da falta de pessoal qualificado e dos riscos da inovação, são empecilhos que podem ser resolvidos em parte com a utilização dos incentivos, como as bolsas para contratação de pessoal qualificado. Apesar de as bolsas serem disponibilizadas por prazo determinado, é possível aproveitar a dispersão desses conhecimentos dentro das organizações.

No Brasil, a Lei do Bem é o mecanismo que está sendo mais utilizado, mas fica restrito às empresas de lucro real, o que praticamente exclui a participação das pequenas empresas na utilização dos benefícios. Além disso, as leis criadas não conseguem impulsionar o desenvolvimento das exportações Brasileiras.

Sobre os Planos Setoriais, também não se tem visto muitos avanços, já que, como referido anteriormente, acabam por repetir políticas passadas, não trazendo nenhuma novidade mais significativa. Dessa feita, observa-se que a concretização de políticas públicas, principalmente na área da inovação, depende de ações muito mais amplas do que apenas criações de leis ou de planos governamentais que incentivem as atividades inovadoras nas empresas e indústrias.

Segundo Czelusniak (2010), a promoção de incentivos pela via legislativa, quando o quadro inicial é o de estagnação total do setor, pode funcionar como um *start up*. Pode-se fomentar uma preocupação maior em relação à inovação, como acontece, por exemplo, com a Lei da Inovação, que procura trazer uma nova perspectiva da inovação dentro das ICTs. Entretanto, fazer política pública por meio de lei pode ser considerado, em certa medida, perigoso, porque o resultado pode ser o inverso do pretendido, afastando empresas e indústrias potencialmente inovadoras, em vez de auxiliá-las nas atividades. Observa-se, ainda nessa pesquisa, que algumas potenciais empresas a serem constituídas a partir de projetos desenvolvidos dentro das universidades podem não surgir, em razão da falta de interesse na divisão da participação dessas instituições nos resultados das futuras empresas. O Direito, dessa forma, pode ser utilizado para promover o ambiente de atuação dos agentes que se regularão pelas regras do mercado e não deve ser ferramenta para impor situações que por vezes venham a ser desvantajosas a uma maior dispersão de tecnologias no mercado.

O Estado pode fomentar a manutenção de um ambiente *macroeconômico* mais estável, com taxas mais robustas de crescimento, contribuindo, assim, para reduzir os riscos econômicos e alavancar economicamente as empresas e indústrias. A Lei da Inovação e a Lei do Bem possuem várias deficiências e estão longe de ser reformuladas, porque dependem de iniciativa do Poder Legislativo. Algumas situações que devem ser levadas em conta são a morosidade, a falta de ambição e os limitados objetivos das políticas macroeconômicas Brasileiras. As iniciativas para as reformas são procrastinadas até que, quando não se pode mais adiar e já não se tem tempo hábil para discussões mais aprofundadas sobre seus impactos, são encaminhadas, votadas e efetivadas por meio de leis menos eficientes

Segundo Coutinho (2013), o Direito pode oferecer algumas medidas para um regime de mercado, as quais diminuem os custos de transação: 1) adotar um marco regulatório previsível e passível

de proteção judicial; 2) minimizar problemas de comunicação entre as partes; 3) salvaguardar os ativos de cada agente (por exemplo, a tecnologia, o *know how*, a propriedade intelectual, o bom nome dos contratantes); 4) criar instrumentos contra o oportunismo; e 5) gerar mecanismos de ressarcimento e de alocação de riscos). Esse papel do Direito, em face das políticas públicas, parece ser o mais acertado, e não o de diretamente coordenar ou implementar tais políticas.

Cooter e Ulen (2010, p. 71-72) afirmam que “os mais fundamentais corpos do direito transacional são a propriedade e os contratos” e que, portanto, ao se tornar eficientes esses corpos de leis, promove-se o crescimento, unindo ideias inovadoras ao capital. Assim, os países com leis de propriedade e contratos eficientes estabelecem o fundamento jurídico para a inovação e o crescimento.

Nesse sentido, Pinheiro e Saddi (2005) também enfatizam o papel das leis em alocar os direitos de propriedade, de forma a minimizar o impacto dos custos de transação sobre a eficiência econômica, e em definir a distribuição de renda em geral. Também enfatizam a função dos contratos de organizar a produção por meio do mercado e de distribuir riscos entre os agentes econômicos. Além disso, referem-se ao Poder Judiciário como necessário para definir disputas no caso de situações não previstas em contratos (ou na lei); contudo, como são escassos os recursos econômicos, a decisão do Judiciário deverá ser aquela que maximize o bem-estar geral em face dos recursos de que dispõe. Dessa forma, o Direito pode ser um importante instrumento quando implementa políticas públicas, ao mesmo tempo que dele emanam os instrumentos que garantem segurança e estabilidade ao sistema.

Contudo, de acordo com Salama (2009), existem dificuldades para se pensar os meios pelos quais o Direito irá afetar o arcabouço institucional: 1) as instituições informais (como normas sociais de comportamento, códigos de conduta, convenções, valores, crenças, tabus, costumes, religiões etc.) não são plenamente controláveis; e 2) o Estado tem limitações em sua capacidade de

fazer cumprir (*enforce*) as leis e os regulamentos formais. Assim, segundo esse autor, esse quadro “sugere um limite bastante claro ao papel do direito nos projetos de mudança social: as instituições importam e o direito não é mera superestrutura, mas isso não quer dizer que o direito tudo possa”; o direito seria “apenas parte do arcabouço institucional que condiciona a ação das pessoas, os mecanismos através dos quais o direito pode reduzir os custos de transação são complexos” (SALAMA, 2009, p. 43).

4.7 Conclusão

Dada a complexidade inerente ao processo de inovação, são necessários tanto esforços governamentais quanto esforços da iniciativa privada para a construção de ambientes interativos, com vistas a fomentar o desenvolvimento de produtos, serviços e processos inovadores pelos atores responsáveis. De acordo com pesquisas citadas neste estudo, o maior investimento em inovação é realizado pela iniciativa privada, responsável pela disponibilização das novas tecnologias no mercado em geral. Entretanto, conforme os estudos sobre os modelos de inovação, sabe-se que a participação do Governo e das universidades é importante no processo de inovação.

Assim, no Brasil, e na maioria dos países, existe a preocupação de se desenvolver formas de auxiliar a iniciativa privada para aumentar o número de inovações. As medidas tomadas desde a década de 1990 no Brasil, como políticas públicas de inovação (conjunto de ações implementadas), são, por exemplo, a promulgação de leis que proporcionam vários tipos de incentivos fiscais e de injeção de recursos, que podem ser feitos diretamente nas empresas, como as subvenções e bolsas, ou indiretamente, como por meio do estímulo à interação com as universidades. Existem, também, os chamados Planos Setoriais, que colocam a inovação

na agenda governamental como fator estratégico para o desenvolvimento econômico e social do Brasil.

A discussão sobre a participação do Direito como impulsionador das políticas públicas para inovação perpassa várias conotações. Segundo estudos de Direito e Economia citados no decorrer deste trabalho, é papel do Direito minimizar as falhas do mercado para que os próprios agentes econômicos possam realizar suas negociações de forma eficiente, impulsionando o desenvolvimento. As principais questões a serem tratadas pelo Direito são: garantia do direito de propriedade, dos contratos e da concorrência, com o intuito de promover um sistema jurídico consistente, com segurança nas decisões dos tribunais e uma maior previsibilidade nas ações governamentais. Também há noções do Direito como coordenador de políticas públicas, quando, por exemplo, define os papéis dos agentes, ou como articulador de políticas públicas, quando incentiva a interação dos agentes, por exemplo.

Os incentivos às políticas públicas de inovação realizadas por meio de lei possuem pontos positivos e negativos. No geral, os dados demonstram que as médias e grandes empresas são as que conseguem melhor aproveitamento dos incentivos e que, mesmo assim, há subaproveitamento deles. Dados mostram que, apesar dos incentivos a uma maior interação entre os agentes, ainda é pequeno o número de projetos desenvolvidos em conjunto entre universidades e empresas. Segundo as pesquisas citadas, a Lei do Bem é a que tem seus incentivos mais utilizados.

Assim, observou-se como ponto positivo do Direito para o incentivo às políticas públicas de inovação a introdução da preocupação sobre inovação em ambientes que não se voltavam à inovação, na tentativa de que, em mais alguns anos de vigência das leis, a cultura da inovação se instale onde antes era menos observada, como nas Instituições de Ensino e Pesquisa. Além disso, houve um aumento de resultados em inovação proporcionados pelos incentivos dados pelas leis, apesar de ainda pequenos. Talvez ainda seja cedo para se ter a real noção dos impactos dessas políticas; tem-se

apenas o indício de que devem ser tomadas outras medidas ou reformuladas as que já foram implementadas.

Como ponto negativo das introduções dessas políticas legislativas, está a possibilidade de que os resultados pretendidos pelo legislador sejam opostos aos intentados inicialmente, ou seja, que haja a inibição da inovação, em vez de seu estímulo. Uma pesquisa, citada durante este estudo, ressaltou que a imposição da Lei da Inovação sobre a participação das universidades nas empresas ou nos resultados dos projetos advindos de TCCs de alunos pode afastar o desenvolvimento de projetos inovadores dentro dessas instituições. Outro ponto negativo observado neste estudo foi a falta de flexibilidade das leis, o que faz com que as deficiências já constatadas não possam ser rapidamente corrigidas.

Dessa forma, a introdução de leis para incentivos à inovação deve ser estudada com cautela, pois a complexidade e a velocidade que decorrem do processo de introdução de novos produtos, serviços e processos no mercado pode não trazer desafios maiores à formalização de legislações específicas. Assim, pode o Direito tecer um sistema apto ao desenvolvimento econômico, garantindo uma segurança jurídica necessária ao desenvolvimento dos mercados.

Referências

Brasil. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Planejamento e Investimentos Estratégicos. Plano Mais Brasil PPA 2012-2015. *Relatório Anual da Avaliação: ano base 2012*. 1. ed. Brasília: MP/SPI, 2013. v. 1.

Brasil. Finep – Agência Brasileira da Inovação. *O que são os fundos*. 2012. Disponível em: <http://www.finep.gov.br/pagina.asp?pag=fundos_o_que_sao>. Acesso em: 16 jan. 2014.

CASTELLS, M. *A sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venancio Majer. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006. v. 1.

CHESBROUGH, H. *Open innovation*. Boston: Harvard Business School Press, 2003.

CHESBROUGH, H. *Open business models*. Boston: Harvard Business School Press, 2006.

COASE, R. H. *The firm, the market and the law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

COOTER, R.; ULEN, T. *Direito & economia*. Tradução de Luiz Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COUTINHO, D. R. O Direito nas políticas públicas. In: MARQUES, E.; FARIA, C. A. P. D. *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: Fio-cruz/Unesp, 2013.

CZELUSNIAK, V. A. *Trabalho de Conclusão de Curso e Inovação Tecnológica em instituição de ciência e tecnologia: aspectos jurídicos e fático*. 165 f. Dissertação (Mestrado) — Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

ETZKOWITZ, H.; LEYDESDORFF, L. The transformation of university-industry-government relations. *Electronic Journal of Sociology*, v. 5, n. 4, 2001.

FREEMAN, C. The national system of innovation in historical perspective. *Cambridge Journal of Economics*, n. 19, p. 5-24, 1995.

FREEMAN, C.; SOETE, L. *The economics of industrial innovation*. 3. ed. [S.l.]: Routledge, 1997.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Pesquisa de Inovação 2011. Rio de Janeiro: IBGE, 2013.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. *Plano Diretor de Tecnologia da Informação 2012-2015*. Rio de Janeiro: INPI, 2013.

KANNEBLEY JÚNIOR, S.; PORTO, G. S. *Incentivos fiscais à pesquisa, desenvolvimento e inovação no Brasil: uma avaliação das políticas recentes*. [S.l.]: Banco Interamericano de Desenvolvimento. 2012.

LUNDVALL, B.-A. Políticas de inovação na economia do aprendizado. *Parcerias Estratégicas*, Brasília, p. 200-218, mar. 2001.

LUNDVALL, B.-A. National innovation systems: analytical concept and development tool. *Industry and Innovation*, v. 14, n. 1, p. 95-119, fev. 2007.

MATIAS-PEREIRA, J. Incentivos fiscais à pesquisa, desenvolvimento e inovação no Brasil: uma avaliação da Lei do Bem. In: IBEROAMERICAN ACADEMY CONFERENCE, 8., 2013, São Paulo. *Anais...* São Paulo: [s.n.], 2013.

MATTOS, C. *Análise do Plano Brasil Maior*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013.

MENDES, D. R. F.; OLIVEIRA, M. Â. C. D.; PINHEIRO, A. A. Política Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação: uma avaliação do marco regulatório e seus impactos nos indicadores de inovação. *Revista de Empreendedorismo e Gestão de Pequenas Empresas*, 2, n. 1, 2013. 22-46.

NORTH, D. C. Economic performance through time. *The American Economic Review*, v. 84, n. 3, p. 359-368, jun. 1994.

NORTH, D. C. Desempenho econômico através do tempo. Tradução de Antonio José Maristello Porto. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 255, p. 13-30, set./dez. 2010.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Manual de Oslo*. Tradução de Paulo Garchet (Finep). 3. ed. [S.l.]: [s.n.], 2005.

PACHECO, C. A. Avaliação da Lei de Informática. In: FÓRUM ABINEE TEC, 2013, São Paulo. São Paulo: [s.n.], 2013.

PINHEIRO, A. C.; SADDI, J. *Direito, economia e mercados*. São Paulo: Elsevier, 2005.

ROSENBERG, N.; KLINE, S. An overview of innovation. In: LANDAU R., R. N. The positive sum strategy: harnessing technology for economic growth. Washington D. C.: National Academy Press, 1986.

SALAMA, B. M. Sete enigmas do desenvolvimento em Douglass North. Latin American and Caribbean Law and Economics Association. [S.l.]: [s.n.], 2009.

SALLES FILHO, S. et al. Avaliação de impactos da lei da informática: uma análise da política industrial e de incentivos à inovação no setor de TICs. Revista Brasileira de Inovação, Campinas, 11, n. especial, p. 191-218, jul. 2012.

SCHUMPETER, J. A. *Teoria do desenvolvimento econômico*: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. Tradução de Maria Silvia Possas. 3 ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

SOARES, C. R. S.; CORONEL, D. A.; MARION FILHO, P. J. A recente política industrial Brasileira: da Política de Desenvolvimento Produtivo ao Plano Brasil Maior. Revista Perspectivas Contemporâneas, Santa Maria, n. 8, p. 1-20, jan./jun. 2013.

SOARES, D. D. Q. Inovação tecnológica: desafios e perspectivas dos países subdesenvolvidos. Desigualdade & Diversidade – Revista de Ciências Sociais da PUC-Rio, Rio de Janeiro, p. 101-117, 2011.

PARTE II

ORGANIZAÇÕES EMPRESARIAIS, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

- 5** PODER DE CONTROLE INTERNO NAS S.A. COMO INSTRUMENTO DE SUPERAÇÃO DAS CRISES ECONÔMICAS
- 6** FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS PARA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
- 7** O QUE SIGNIFICA LIVRE CONCORRÊNCIA NO CAMPO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS?
- 8** MODELOS ALTERNATIVOS DE PROVISÃO NUM CONTEXTO DE CRISE E REDUÇÃO DO “ESPAÇO ORÇAMENTAL”: EM PARTICULAR, O CASO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS
- 9** A RESOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS POR ENTIDADES REGULADORAS EM PORTUGAL, À LUZ DA NOVA LEI-QUADRO DAS ENTIDADES REGULADORAS

PODER DE CONTROLE INTERNO NAS S.A. COMO INSTRUMENTO DE SUPERAÇÃO DAS CRISES ECONÔMICAS

Edson Isfer

5.1 Introdução

O tema a ser explorado neste texto diz respeito ao exercício do poder de comando nas sociedades anônimas, especialmente nas que exploram grandes empresas. Nesse sentido, pretende-se avaliar as repercussões da questão em situações concretas, especialmente no que se refere à estabilidade das relações entre sociedade, sócios (majoritários e minoritários), investidores, consumidores, empregados e a própria pessoa jurídica.

Objetiva-se investigar se o legislador de fato influencia, por meio da estrutura de poder nas sociedades anônimas, a solução de crises econômicas institucionais. Sendo assim, vamos averiguar como essas relações de poder afetam a questão suscitada.

5.2 Premissas

A abordagem a ser feita levará em consideração apenas sociedades anônimas, especialmente as que exploram grandes atividades empresariais. Não se pretende explicar, portanto, os centros de poder dos demais tipos societários, nem das pequenas sociedades anônimas (familiares, por exemplo).

Além disso, é importante destacar que o paradigma de análise está circunscrito aos acontecimentos no Brasil e na perspectiva da União Europeia, por intermédio da avaliação de instrumentos utilizados na Alemanha, na Itália e em Portugal.

5.3 Questões controversas

A partir da introdução da temática e das premissas delineadas, propomos-nos a entender: a) Quais os possíveis centros de poder nas sociedades anônimas anteriormente mencionadas: os acionistas (Assembleia Geral) ou os administradores (Conselho de Administração/Diretoria)?; b) Qual a estrutura necessária para o exercício da função de comando nas grandes empresas?; c) Nesse contexto, como estruturar e estabilizar os interesses envolvidos interna e externamente?

5.4 Institucionalismo x contratualismo

Atualmente, as correntes doutrinárias mais aceitas que procuram explicar o fenômeno da personalidade jurídica das sociedades (tendo-a como distinta da pessoa dos sócios) e a estabilidade das relações entre todos os centros de interesses e imputações nelas existentes são o institucionalismo e o contratualismo. Tentam essas correntes assegurar dois princípios básicos que informam o Direito Societário atual: a existência da personalidade jurídica da

sociedade e a limitação de responsabilidade dos sócios pelas dívidas da sociedade¹.

Quanto ao institucionalismo, a doutrina o divide em duas fases muito claras, com objetivos distintos: a primeira, publicista, analisa o institucionalismo como instrumento a assegurar o cumprimento dos interesses do Estado, por meio da atividade privada. Já a fase privatística do instituto, designada de *institucionalismo organizativo*, volta-se mais para a atividade do mercado, ou, mais apropriadamente, do capitalismo.

Não obstante essa segmentação ter dado a tônica da evolução da lógica institucionalista², é possível perceber leve alteração de posicionamentos na utilização dos seus marcos teóricos, a partir, especialmente, da crise econômica de 2008. Além desta, também afetaram o posicionamento a respeito da opção de estrutura a ser seguida os escândalos envolvendo administradores e empresas de auditoria externas. Isso porque, segundo Corapi (2011, p. 57), com os recentes escândalos ocorridos nas atividades empresariais, houve necessidade de retomada do intervencionismo estatal nas legislações, para atender aos interesses dos investidores.

Feita essa introdução, a seguir serão abordadas, brevemente, essas doutrinas.

5.5 Institucionalismo publicista

Origem: Alemanha, Lei Societária de 1937. Características: a empresa como centralidade econômica do Estado; busca de reconstrução da economia do Estado por meio do desenvolvimento da empresa.

¹ Esses dois princípios são muito caros aos empresários e, certamente, contribuem para seus investimentos em novas tecnologias, pois, com eles, entre outros, é possível medir o risco da atividade a ser desenvolvida.

² Naturalmente não se está postulando que as fases tenham limites temporais, ideológicos e políticos definidos de forma estanque.

A Alemanha, no pós-Primeira Guerra Mundial, tinha necessidade de se reerguer economicamente e precisava de uma fórmula eficiente para tanto.

Walter Rathenau, empresário e economista alemão, perseguindo esse objetivo de reconquistar o crescimento do país, via em cada grande sociedade um instrumento para o renascimento econômico.

Segundo Salomão Filho (1995, p. 46),

Toda a construção de Rathenau é dirigida a traduzir em termos jurídicos a função econômica, de interesse público e não meramente privado, da macroempresa. Isso se faz através da valorização do papel do órgão de administração da sociedade por ações, visto como órgão neutro, apto à defesa do interesse empresarial. Procedeu-se a uma degradação relativa da importância da Assembléia, o que influenciará sobretudo os direitos dos sócios minoritários.

No entanto, essa teoria entrou em declínio a partir de 1950, principalmente pela falta de responsabilização dos administradores e pelo seu distanciamento dos sócios.

Dessa crise legislativa e de perspectivas, surgiu a nova lei acionária alemã, em 1965. E esse diploma reforçou o papel da assembleia dos acionistas e os direitos dos acionistas minoritários, buscando equilibrar seu diálogo com o órgão de administração.

A alteração reconheceu não ser possível manter um enfoque essencialmente publicístico ao instituto, constatando que o interesse social é um interesse “harmônico e comum aos interesses dos vários tipos de sócios e dos trabalhadores e que se traduz no interesse na preservação da empresa” (SALOMÃO FILHO, 1995, p. 48). Passou-se, então, ao institucionalismo organizativo.

5.6 Institucionalismo organizativo³

Origem: Europa pós-Segunda Guerra Mundial. Características: Reconhecendo o conflito dos interesses entre minoritários, majoritários e trabalhadores, busca organizar esses centros de interesse, para a preservação da empresa. Não se fixando no interesse de um grupo de sócios, mas na manutenção da empresa, estabelece os parâmetros sobre o tipo de organização mais apta a garantir tal desiderato.

Tal institucionalismo é designado por Salomão Filho (1995) de *integracionista* ou *organizativo*, em contraposição ao institucionalismo publicístico. E a denominação de *institucionalismo organizativo* é aplicável porque essa nova análise reconhece a existência de interesses conflitantes nas sociedades, internalizando-os e buscando harmonizá-los. Ou seja, ainda que haja custos de transação, o legislador procura adotar elementos de sistematização dos interesses envolvidos, outorgando (ou buscando outorgar) proteção a cada um deles.

Essa leitura reconhece a existência dos conflitos de interesses no âmbito interno da sociedade — como o sistema contratual —, mas restringe o objeto do conflito às questões de rentabilidade e às questões organizativas, ambas limitadas pelo interesse de preservação da empresa.

No institucionalismo organizativo, são reforçados os interesses contrapostos dos sócios, mas isto é controlado pela introdução, nos órgãos societários, de mecanismos idôneos para assegurar maior representação. Por isso é que aparece, na administração, a representatividade dos empregados e dos minoritários. Com essa contraposição reconhecida e aceita, os interesses passam a ser abertamente mediados. A estrutura desenhada pelo legislador busca, portanto,

³ Acerca do institucionalismo indicado para os países da UE, faz-se importante destacar o modelo democrático desejável, com base na afirmação da Comissão das Comunidades Europeias de que é objetivo de médio e longo prazo instituir uma verdadeira democracia dos acionistas (EUR-LEX, 2003, p. 16). Isso passará pelo reforço dos direitos dos acionistas e da consagração plena do princípio de uma ação/um voto (COUTINHO DE ABREU, 2008, p. 339).

atender à função desejável de preservação da empresa, que é o fundamento último do institucionalismo organizativo.

Essas estruturas institucionais têm servido de resposta aos reclamos de busca de investimentos e superações de crises econômicas em países de *civil law*. Por outro lado, por suas características próprias de maior liberalismo legislativo e de busca de regras de conduta em precedentes judiciais, os países de *common law* têm adotado outro marco teórico para organizar as macroempresas: trata-se, como vem sendo chamado pela doutrina, da ideia do *nexus of contract*.

5.7 Nexos de contratos

Origem: *common law*. Característica: compreender a companhia como conjunto de relações contratuais entre os indivíduos interessados em sua atividade.

Segundo Corapi (2011, p. 55-67), baseada na maximização dos lucros, a doutrina do *nexus of contract* estabelece que há divisão entre a propriedade do capital e a propriedade da companhia, não podendo estas serem confundidas. Nessa visão, a companhia seria simplesmente umnexo ou conjunto de relações contratuais entre indivíduos.

Explica Corapi (2011, p. 56-57) que, de acordo com essa doutrina,

[...] quaisquer regras que regulem as sociedades e que sejam livremente escolhidas pelas partes, são, por esta razão, a mais eficaz combinação de governança disponível. Tal doutrina, em sua versão mais extremista, rejeita qualquer tipo de regra obrigatória na lei de sociedades. O princípio da eficiência significa que esta doutrina *nexus of contract* se impõe pela sua própria força. Versões mais moderadas desta doutrina admitem que o direito positivo aplicável às sociedades, assim como o direito aplicável a todos os outros tipos de contratos, assume determinado tipo de papel. Entretanto, tal papel deve se limitar à assistência das partes para que superem falhas do mercado ou que eliminem ou reduzam os custos de transação (grifo do original).

Considerando que, no Direito de origem consuetudinário, admitiu-se historicamente uma maior aderência entre a decisão judicial e as peculiaridades do caso concreto, continua explicando Corapi (2011, p. 58) que: “as regras obrigatórias nas leis de sociedades limitam-se à proteção de interesses específicos. Em tais jurisdições aplica-se mais facilmente a doutrina do *nexus of contract*: normas obrigatórias são justificadas apenas para reparar as falhas do mercado”.

Nesse contexto do *nexus of contract*, Jaeger e Denozza (1992, p. 237) afirmam que se entende a sociedade não como um contrato que dá nascimento a um ente dotado de identidade própria, mas como uma “rede de acordos destinados a regular as relações entre os indivíduos que ocupam as posições a partir da ativação dos quais depende o funcionamento da grande empresa moderna”. O intérprete é convidado a ler, na disciplina legal e contratual da sociedade anônima, os reflexos dos conflitos de interesses entre os que participam da relação de empresa.

O importante nesse tipo de interpretação é que os confrontos de interesse são individualizados, buscando-se a solução mais consentânea com o que as partes buscavam quando se relacionavam e negando-se que o interesse social seja hierarquicamente superior ao interesse dos sócios. Na verdade, há uma guinada, passando-se a perceber que o próprio interesse dos sócios (atuais ou futuros) é também interesse social. De fato, ao se pensar nos sócios futuros, vê-se que o interesse social pode ser equivalente à manutenção da sociedade, para que o interesse deles seja preservado (JAEGER; DENOZZA, 1992, p. 237).

No entanto, é possível perceber que a imposição de uma ou outra teoria, seja na construção de *civil law*, seja na de *common law*, pode sofrer transmutações mais ou menos rigorosas, em decorrência dos aspectos econômicos pelos quais passem as nações.

Trata-se, aqui, de considerar a antiga discussão travada entre Direito e Economia, de identificar a existência de prevalência de uma ciência em detrimento da outra ou de se enxergar ambas em relação permanentemente dialética.

De um lado está o espírito inventivo dos empresários, criando novas situações que vêm a ser reguladas posteriormente pelo Direito. De outro, está o Direito criando regras para atender a determinadas necessidades, fazendo com que os empresários assumam posições desejadas pelo legislador.

No entanto, não se pode esquecer que, vez por outra, corrigindo ou buscando eliminar distorções, o mercado e o legislador aceitam modificações dos *standards* com os quais estão habituados. É nesse contexto que se verificam as alterações acerca do poder de controle nas sociedades anônimas, aceitando a *civil law* a contratualização de seus paradigmas e adotando a *common law*, em certa medida, uma maior institucionalização de procedimentos.

5.8 O fortalecimento da administração

O Direito italiano, com sua base informativa a partir do Código Civil da década de 1940, é influenciado pelo institucionalismo publicístico.

Segundo Galgano (1986, p. 296-297), a assembleia geral é lá dotada de uma particularidade: sua competência é definida por lei, e as matérias que podem ser tratadas são estipuladas taxativamente. “Disto se deduz que, em linha de princípio, a assembleia não pode deliberar sobre outros objetos atinentes à gestão da sociedade que não sejam aqueles desses atributos”. E continua:

A competência da assembleia é, assim, uma competência especial; enquanto isto, ao oposto, é geral a competência do órgão administrativo: todas as matérias que não sejam expressamente atribuídas à competência da assembleia (e que não estão nas específicas atribuições do conselho fiscal) são matéria de competência dos administradores.⁴

Conclui Galgano (1986) que, no Direito italiano, há efetiva separação de poderes entre assembleia e administradores, afirmando que estes

⁴ Tradução livre.

não são obrigados a seguir as ordens e determinações assembleares, já que há autonomia de gestão, salvo se a lei ou o estatuto determinarem de forma contrária.

Jaeger e Denozza (1992, p. 225), por sua vez, reconhecendo existirem três conflitos de interesse nas sociedades anônimas — entre maioria e minoria; entre sócios e administradores; e entre sócios e investidores —, abordam cada um deles com a finalidade de explicar qual é a linha adotada pelo Direito italiano relativamente à possibilidade de sua superação.

Quanto ao conflito entre maioria e minoria, entendem que os sócios devem estar afastados da administração da sociedade, vislumbrando conferir estabilidade para o ente. No entanto, percebem que isso poderia levar à paralisia societária, que deve ser superada por alguma regra de convivência. E essa regra encontraria amparo no princípio majoritário.

O problema é que a maioria, separada da administração, tem poderes para nomear administradores. E aos administradores competem todas as decisões importantes da sociedade, inclusive aquelas que influenciam na própria vida social (JAEGER; DENOZZA, 1992, p. 226). Decorre da segunda assertiva que, no conflito entre administradores e sócios, bem como no dissenso societário, a administração tenderia a atuar de forma a proteger os interesses dos majoritários (JAEGER; DENOZZA, 1992, p. 228).

Jaeger e Denozza afirmam, ainda, que os potenciais conflitos existentes entre os sócios, no mercado acionário, dependem muito das escolhas — *scelte* — feitas pelos investidores⁵. Essas escolhas podem influenciar de forma determinante a manutenção ou não do investimento, o que pode acarretar mudanças nos rumos da sociedade. Não se trataria, portanto, de um problema jurídico, mas de um problema econômico.

Por outro lado, Galgano (1986, p. 298-303) analisa o problema enfrentando o que designa de “o abandono da democracia assemblear”. Segundo ele, no modelo oitocentista das sociedades anônimas estava presente a democracia assemblear, pois os sócios reuniam em si todos os poderes da sociedade, deixando os administradores como meros executores

⁵ A expressão é utilizada mais no sentido dos que procuram investimentos como especuladores, e não como poupadores.

de suas deliberações. A assembleia era, então, órgão soberano, expedindo ordens e impondo diretivas para cada ato de gestão da sociedade.

Diz o referido autor que, em comparação com o modelo atual, que é tido como autoritário, aquele era um modelo democrático. A democracia decorria, pelo menos em abstrato, da possibilidade de qualquer sócio discutir em assembleia os assuntos que entendesse pertinentes. Nesses termos, abria-se o contraditório com a maioria sempre que as assembleias fossem convocadas.

A mudança de parâmetros ocorreu em 1942, com o Código Civil Italiano, o qual buscou inspiração no modelo autocrático introduzido na Alemanha com a lei de 1937. Esse modelo influenciou diretamente as legislações de outros países, como a França, e representou o desenvolvimento de uma ordem de ideias surgida nos países capitalistas — sobretudo nos anglosaxões.

A razão para essa transformação, segundo Galgano (1986), pode ser vista sob duas ordens. Em primeiro lugar, conforme a versão oficial, essas transformações seriam originadas da teoria institucionalista. Em essência, a sociedade não deveria agir para atender aos interesses egoísticos dos sócios, mas sim para atender ao interesse transcendente da sociedade, identificado no interesse da empresa em si — isto é, na eficiência produtiva da empresa social. Essa explicação entende a empresa como um ente que deve ter funções sociais e, portanto, produzir para o progresso econômico da humanidade.

Sendo vista dessa maneira, há influência direta da teoria na avaliação do confronto entre assembleia e órgão administrativo, pois a empresa deveria ser preservada e, para atingir sua função social, os poderes deveriam tanto quanto possível ser subtraídos dos sócios, já que estes têm interesses egoísticos de ganho capazes de comprometer a função social da sociedade. O exercício da empresa deveria estar cada vez mais conectado a um órgão administrativo independente dos sócios; um órgão neutro, que conseguisse atingir os objetivos sociais para os quais a empresa é destinada.

Por outro lado, Galgano apresenta também uma real função da transformação legislativa, partindo do pressuposto de que não há verdadeira independência entre os órgãos sociais, visto que os administradores estão vinculados à assembleia (pois é ela quem os elege e, se for o caso, destitui-os). Por isso, segundo o autor, essa não foi a real alteração legislativa — a verdadeira alteração estaria na gestão da sociedade. Enquanto no modelo anterior havia possibilidade de a assembleia se imiscuir na gestão da empresa, no modelo institucional a empresa seria gerida somente pelo órgão de administração. Nesse caso, a minoria ficaria fora das decisões da empresa, pois seria o órgão de administração o responsável por tomá-las e, geralmente, iria fazê-lo de acordo com a maioria acionária.

Ou seja, no modelo italiano, os rumos da empresa seriam adotados de forma confidencial, outorgando mais poderes ao capital de comando da sociedade.

Nessa perspectiva, os interesses egoísticos que cederam espaço foram os da minoria. A minoria abriu mão dos direitos de discutir em assembleia os rumos da empresa, em benefício dos interesses sociais da economia nacional. No entanto, outros interesses egoísticos (como os da maioria) não foram solapados.

Na visão legislativa italiana, a independência dos administradores teria o condão de coordenar os vários interesses envolvidos na empresa: dos majoritários, dos minoritários, dos demais investidores, dos empregados, dos consumidores e dos cidadãos. O administrador seria o gestor dessa coordenação de interesses, o que, teoricamente, resolveria o problema da redução de direitos dos minoritários.

Partindo dessa constatação, Galgano (1986) entende que seria possível, com determinada independência, que os administradores conseguissem atingir os objetivos finalísticos da empresa, desde que tivessem competência para mediar os diversos interesses que gravitam no seu entorno, pois sua avaliação será feita de acordo com sua capacidade de levar a empresa a bom termo.

O autor cita como exemplo de solução adequada a reforma legislativa inglesa de 1980, a qual determina ao administrador, no exercício de

suas funções, que leve em conta o interesse dos dependentes da sociedade, como o dos sócios.

No entanto, repita-se o que já foi dito no item 5.7 do presente capítulo: mesmo que se reconheça uma maior ascendência do institucionalismo no Direito italiano, também buscaram os doutrinadores utilizar o *nexus of contract* para explicar a possível harmonização de interesses internos nas sociedades anônimas, de tal arte que, de fato, a busca de paradigmas para a superação das crises não é unívoca.

5.9 Os administradores e o controle indireto pelos majoritários

Também os doutrinadores portugueses vêm se preocupando com as questões funcionais/estruturais das sociedades, de forma a buscar uma solução para resolver os problemas decorrentes dos interesses a serem protegidos em relação a suas atividades.

Como visto, as sociedades vêm sendo controladas ora pelo grupo de acionistas, ora pelos administradores. Naquelas em que há o predomínio de um grupo forte de controle, em regra a administração é assumida pelo — ou por indicação do — acionista controlador. Nas que têm dispersão de ações no mercado, é mais comum que os administradores tenham o controle da sociedade.

Em qualquer dos casos, há riscos de gestão: nas sociedades com controle pelos majoritários, há sempre o risco de os seus interesses serem priorizados em detrimento daqueles dos minoritários, dos trabalhadores e dos demais centros de interesses conectados à empresa. Nas sociedades com controle dos administradores, há o risco de eles as administrarem para atingir interesses pessoais, em detrimento dos demais interesses e, quiçá, até do dos majoritários.

O que se busca, portanto, é a solução para esses potenciais conflitos e assimetrias, os quais podem resultar no não atendimento do pressuposto principal de manutenção e continuidade da empresa, seja para

atender aos interesses diretamente envolvidos, seja para buscar concretizar a chamada *função social* (COUTINHO DE ABREU, 2008).

Para amenizar e tentar solucionar esses riscos, foram apresentadas duas modalidades de solução. Uma é decorrente de legislações mais rígidas, para poder superar questões como as assimetrias de informações e de poder no mercado e a inexistência de negociação e de contrato (institucionalismo), e a outra é concedida à primazia da liberdade contratual e da direção pelo mercado, cabendo ao Estado atuação secundária na regulação do ordenamento jurídico societário (contratualismo).

O marco regulatório das sociedades em Portugal, e nos demais países pertencentes à UE, tem sido mais inclinado ao institucionalismo organizativo. Essa tendência é mostrada no documento emitido pela Comissão das Comunidades Europeias, dirigido ao Conselho e ao Parlamento Europeu, denominado *Modernizar o direito das sociedades e reforçar o governo das sociedades na União Europeia: uma estratégia para o futuro* (EUR-LEX, 2003). Esse documento induz os Estados Membros a tomarem medidas legislativas e não legislativas para harmonizar o direito das sociedades.

Exemplo do institucionalismo português, atendendo aos indicativos da Comissão das Comunidades Europeias, é o art. 64, 1, b, do Código das Sociedades Comerciais (CSC), em sua redação de 2006. Segundo tal dispositivo, os administradores devem observar “os deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses de outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores”.

No entanto, percebe-se que, na norma, os interesses dos que não são sócios devem tão somente ser ponderados — atendendo à sustentabilidade da sociedade —, enquanto os interesses dos sócios devem ser atendidos⁶.

De outro lado, a UE tem buscado democratizar as sociedades anônimas, por meio de indicativos (Comunicados) à Comissão das

⁶ O dispositivo, na esteira do institucionalismo italiano, busca a manutenção do ente produtivo. E o capitalismo é basicamente isto: permitir que haja reprodução de seu modo de produção.

Comunidades Europeias, para que as legislações possam ser orientadas no sentido de reforçar os direitos dos acionistas e promover a busca do princípio de uma ação/um voto.

Com isso, mantém-se o poder dos administradores, não se descuidando de que o detentor do capital (os majoritários) possa interferir diretamente na formação do poder de controle societário, mas demandando que ele o faça com as responsabilidades sociais daí advindas.

5.10 Opções adotadas pelo legislador Brasileiro

A base legislativa Brasileira para as sociedades anônimas é institucionalista. E essa afirmativa foi feita pelo legislador, na exposição de motivos da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

Ocorre que, tal como sucede em outras nações, no Brasil há um constante e reflexivo diálogo entre as necessidades socioeconômicas e o texto legislativo, o que pode impactar em potenciais alterações no marco regulatório para adequá-lo às demandas históricas momentâneas.

Essas mudanças, em diversas oportunidades, são dirigidas às sociedades anônimas que adotam a macroempresa, visto que, como já dito por Fabio Konder Comparato (1970), a empresa está na centralidade da eficiência econômica das nações.

Introduz-se, na sequência, uma breve e despretensiosa análise de algumas mudanças, de sorte a avaliar de onde parte, no Brasil de hoje, o centro do poder de comando das sociedades.

Antes dessa investigação legislativa, porém, cabe revelar, apenas a título de exemplo, como o exercício do poder de controle pode ser efetivado pelo executivo estatal, mesmo sem estar vinculado ao direto manejo das atividades empresariais ou alterar a legislação. Isso ocorre, especialmente, quando o Estado se serve de estruturas societárias para explorar atividades econômicas, como lhe permite o art. 173, parágrafo 1º, da Constituição Federal.

O primeiro exemplo que se quer mencionar ocorreu em 2009. Pretendendo reduzir os *spreads* bancários, o presidente Luiz Inácio Lula

da Silva demitiu o presidente do Banco do Brasil, para que seu substituto interferisse na administração do Banco e efetivasse a determinação de redução das taxas de juros. Essa atuação externa do presidente promoveu, segundo a revista *IstoÉ Dinheiro* (2013), a queda de 8,15% no valor das ações do Banco do Brasil no dia seguinte da confirmação da substituição.

Nesse mesmo contexto, pode-se citar a atual queda de braço que vem sendo travada entre o Governo Federal e a administração da Petrobrás, com relação ao preço dos combustíveis. Tal interferência na forma de composição do preço desse produto vem ocasionando a perda do valor das ações da Companhia, bem como a redução do valor dos dividendos a serem pagos aos sócios minoritários (CARTA CAPITAL, 2013)⁷.

Também os governos estaduais, quando acionistas de companhias que atuam com a estrutura de economia mista (sociedades anônimas por força de lei), acabam interferindo na administração das sociedades, determinando a redução de preços e instando que a gestão se dê no sentido mais adequado aos objetivos de governo, entre outras atuações mais ou menos gravosas às sociedades.

Veja-se o exemplo da disputa judicial envolvendo a Sanepar, companhia exploradora do serviço de água e esgoto de boa parte do estado do Paraná, em que se tem, de um lado, o governo do estado e, de outro, o acionista minoritário. Os litigantes têm, desde 1998, acordo de acionistas, o qual foi violado pelo governo do estado, dando azo à disputa judicial que se desenrola há aproximadamente dez anos. Atualmente, o litígio está em fase de composição, o que foi possível apenas após a alteração

⁷ “A Petróleo Brasileiro (Petrobras, companhia de petróleo controlada pelo Estado) vem aumentando a pressão contra o governo, seu principal acionista, para relaxar os controles de preços das vendas locais de gasolina e diesel e para adotar uma nova estrutura de preços mais flexível. Uma proposta foi apresentada ao conselho de administração da companhia, que deverá se reunir em 22 de novembro, e há probabilidade de um novo acordo. Supondo que se chegue a uma nova fórmula de preços, a posição financeira e a credibilidade da Petrobras sairão reforçadas” (CARTA CAPITAL, 2013).

do poder executivo no Palácio Iguazu⁸ — como noticia o periódico *Gazeta do Povo*, em seu sítio eletrônico⁹.

Portanto, ainda que se fale em alterações legislativas, como será feito a seguir, não é possível deixar de pensar nas formas diversas de interferências no mercado pelo governo, por meio de seu instrumento de inserção das empresas públicas e das sociedades de economia mista. Devido à natureza recente do tema, ainda não se sabe como será essa atuação relativamente às sociedades de propósito específico nas quais o Estado será o minoritário. Mas as chances desse exercício do poder de controle externo ainda serão grandes.

Voltando à análise das leis que tratam da matéria, pode-se afirmar, com Salomão Filho (1995, p. 55), que a Lei n. 6.404/76 foi influenciada pelo institucionalismo clássico de Rathenau, ou seja, por organismos criados sem atenção aos membros do grupo, não redutíveis a seus interesses e que se revestem de um caráter permanente. Os objetivos do legislador Brasileiro foram muito claros: criar a grande empresa e possibilitar sua capitalização por meio do mercado acionário. Para a capitalização, o legislador buscou proteger os investidores contra o arbítrio dos controladores e dar proteção às minorias (por meio da institucionalização dos poderes e dos deveres do sócio controlador e dos administradores) (SALOMÃO FILHO, 1995, p. 56).

Segundo Kandir (2011), a existência de um mercado de capitais saudável está na raiz da expansão das economias estáveis. Um mercado de capitais forte significa mais crescimento econômico. Assim, o pensamento do legislador de 1976 estaria em consonância com esses pressupostos.

Ocorre que, em 1997, com a edição da Lei n. 9.457, houve modificações na Lei das Sociedades Anônimas (CARVALHOSA; EIZIRIK, 2002,

⁸ Sede do governo paranaense (Paraná, Brasil).

⁹ “O governo do estado e a Dominó Holdings assinaram, na terça-feira, um novo acordo de acionistas da Companhia de Saneamento do Paraná (Sanepar), que vai substituir o assinado em 1998. Em fato relevante, a Sanepar afirma que o acordo põe fim a uma disputa judicial que se arrasta há dez anos. [...] A briga entre o estado, que tem 60% do capital votante da Sanepar, e da Dominó, com 39,71%, começou em 2003, quando o então governador, Roberto Requião (PMDB), rompeu o acordo de acionistas, por julgar que o sócio minoritário tinha o comando na condução das operações e das estratégias da empresa” (GAZETA DO POVO, 2013).

p. 1), com o objetivo claro de permitir os processos de privatizações e de reestruturação empresarial, reduzindo-se os direitos dos acionistas minoritários¹⁰.

Isto acarretou, naturalmente, a redução de investimentos nas companhias Brasileiras. Segundo Kandir (2011), nos últimos anos, antes da reforma de 2001 (Lei n. 10.303), menos de 10% dos investimentos realizados por companhias abertas no Brasil foram tomados no mercado acionário. O restante foi formado por empréstimos ou decorrente de seu próprio capital, por conta dos lucros realizados.

Verificou-se, portanto, a necessidade de retomada do crescimento econômico Brasileiro, com base em investimentos que pudessem provir do mercado acionário, os quais seriam capazes de potencializar a inovação tecnológica. Vale lembrar que, ainda de acordo com Kandir (2011), havendo um mercado de capitais robusto, ocorre a diluição dos riscos inerentes aos investimentos e, assim, a migração de recursos financeiros para as atividades empresariais. A alteração legislativa de 2001 teve inicialmente este objetivo:

[...] promover o fortalecimento do mercado de capitais, mediante o estabelecimento de um sistema de maior proteção aos minoritários, bem como de incorporação ao direito societário de princípios de boas práticas de governança corporativa¹¹, seguindo o receituário de agências internacionais de fomento do mercado de capitais (CARVALHOSA; EIZIRIK, 2002, p. 2).

A visão de Kandir (2011, p. 45-47), um dos relatores de tal projeto de alteração legislativa, parece estar adequada aos princípios do

¹⁰ Segundo Carvalhosa e Eizirik (2002), nessa mesma alteração, reforçou-se os poderes de fiscalização da CVM sobre o mercado de capitais, aumentando o rigor das penalidades que ela pode aplicar aos infratores das normas que disciplinam o mercado de capitais.

¹¹ Entendida como o “processo que promove a diminuição do grau de incerteza e de desconfiança dos investidores, incentivando a confiança que decorre de regras claras de supervisão e controle das sociedades, incluindo também a divulgação clara das ações dos controladores e a transparência de seus atos” (KANDIR, 2011, p. 44).

institucionalismo organizativo¹², como pode ser constatado em duas premissas por ele apontadas para a proposta: a) sustenta-se que o objetivo da reforma não era o de minimizar o conflito entre controladores e minoritários, mas o de administrar a companhia respeitando o acionista, seja ele controlador ou minoritário; e b) aceita-se que o respeito ao acionista levaria à geração de dividendos para a sociedade, sendo a fonte de financiamento da produção e de incentivo a novos investimentos, ou seja, de perpetuação da empresa.

Aparentemente, Carvalhosa e Eizirik (2002) têm o mesmo pensamento, pois avaliam a reforma legal a partir, justamente, da necessidade de fortalecimento do mercado de capitais, por meio de um sistema de maior proteção ao minoritário. É a clássica utilização dos pesos e contrapesos para regular os interesses internos na companhia. A inserção de novas regras de governança corporativa não teria outro condão senão o de proporcionar maior segurança aos investidores (em tese, sócios minoritários) (CARVALHOSA; EIZIRIK, 2002, p. 2).

Esta, portanto, seria a busca da legislação estatal: modernizar-se e adequar-se ao modelo do institucionalismo organizativo¹³.

Nesse cenário, pode-se ainda notar que a legislação Brasileira, em que pese suas modificações com a pretensão de modernização e reativação do mercado de valores mobiliários, não se aproximou dos caminhos percorridos pelo que vamos denominar de *legislação não estatal ou contratualizada*, ou seja, aquela proveniente das exigências feitas pelas bolsas de valores centralizadoras da distribuição de papéis no Brasil. Há algumas disparidades entre elas, que podem ser mencionadas nos dispositivos a seguir analisados.

O art. 15 da Lei das Sociedades Anônimas prevê a possibilidade de as ações preferenciais não titularizarem direito de voto. E essas ações podem representar até 50% do capital social da companhia. Em outras palavras, o domínio da sociedade, em tese, pode ser exercido (mesmo

¹² Originalmente, a Lei n. 6.404 estava mais conectada aos princípios do institucionalismo clássico ou publicístico.

¹³ É importante que se revele, desde já, ser possível encontrar na lei alguns elementos do *nexus of contract*, como será visto mais adiante.

sem dispersão de ações no mercado) pelo detentor do capital social de 25% mais uma ação¹⁴.

A análise desse dispositivo, em conjunto com as disposições do art. 116 da mesma lei, com mais força permite concluir que o legislador Brasileiro continua emprestando mais poder ao detentor do maior capital empregado na sociedade¹⁵.

Observe-se que o mencionado dispositivo definiu a figura do acionista controlador como aquele que detém de modo permanente a maioria de votos nas deliberações da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia, além de usar seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar os administradores.

Ou seja, com mais de 25% do capital social, o acionista pode ser o controlador da sociedade, elegendo os administradores, dirigindo as atividades sociais e orientando o funcionamento dos órgãos da sociedade¹⁶. Isso permite concluir que, contrariando o contratualismo, no institucionalismo Brasileiro o titular do capital é, também, o titular da empresa.

Ponderando esses aspectos, seria possível dizer que, em princípio, nosso institucionalismo é informado por características organizativas. Prova disso é que o legislador estabeleceu como obrigação o exercício do direito de voto no interesse da companhia, considerando abusivos tanto o voto que contrariar os interesses da sociedade ou dos demais acionistas quanto aquele que objetive vantagens inadequadas¹⁷.

¹⁴ “Art. 15. As ações, conforme a natureza dos direitos ou vantagens que confirmam a seus titulares, são ordinárias, preferenciais, ou de fruição. [...] § 2o O número de ações preferenciais sem direito a voto, ou sujeitas a restrição no exercício desse direito, não pode ultrapassar 50% (cinquenta por cento) do total das ações emitidas” (redação dada pela Lei n. 10.303, de 2001).

¹⁵ Mas a essa outorga de poderes corresponde deveres efetivos, que o legislador também previu na referida legislação.

¹⁶ “Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia”.

¹⁷ “Art. 115. O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de

Contudo, e não obstante a característica de esses mencionados dispositivos serem de institucionalismo organizativo, podem ser também observadas passagens de institucionalismo publicístico em nossa legislação.

Clara é essa demonstração no parágrafo único do art. 116, no qual o legislador estabelece, como requisitos para o poder de controle, o exercício deste “com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social”, tendo o controlador “deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”.

Por outro lado, é importante destacar que o legislador Brasileiro, de fato, adotou também alguns princípios do contratualismo. Uma demonstração dessa orientação pode ser encontrada no reforço dado aos acordos de acionistas¹⁸.

Perceba-se que o que é pactuado por meio de acordo de acionistas não passa pelas assembleias. Em outras palavras, a decisão é tomada anteriormente, nas reuniões prévias, e os demais acionistas e a sociedade são comunicados dessa deliberação no ato formal do conclave.

Com esse pressuposto, verifique-se algumas das normas estabelecidas pelo legislador: a) a companhia é obrigada a observar o acordo; b) o presidente da assembleia pode deixar de computar o voto proferido contra o acordo; c) quando houver ausência de algum dos sócios ou administradores vinculados ao acordo, ou quando eles se absterem do direito de voto, o prejudicado pela ausência ou pela abstenção poderá exercer o voto em nome do ausente ou do que se absteve¹⁹.

Sintetizando esses aspectos, portanto, nossa legislação atual tem base no institucionalismo publicístico, foi reformada com objetivo

obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas” (redação dada pela Lei n. 10.303, de 2001).

¹⁸ Especialmente a partir da reforma de 2001.

¹⁹ “Art. 118. Os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, exercício do direito a voto, ou do poder de controle, deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede” (redação dada pela Lei n. 10.303, de 2001).

de torná-la adequada ao institucionalismo organizativo e tem regras de contratualismo.

Pergunta-se, então: De onde emana o poder na macroempresa Brasileira, quando seus estatutos atendem aos princípios anteriormente mencionados? A resposta parece inexorável: o poder ainda vem da assembleia de sócios, e não da administração.

Feito esse recorte, não se pode deixar de destacar a atuação das companhias abertas, quando buscam distribuir ações no mercado. Surge para elas, nessa hipótese, a possibilidade de se vincularem a princípios reguladores não estatais, definidos pela BM&FBovespa²⁰.

5.11 Legislação não estatal: BM&FBovespa — novo mercado

A maior bolsa de valores Brasileira é a BM&FBovespa. Para distribuir ações no mercado, as sociedades abertas utilizam-se de seu canal e se submetem, quando assim o desejarem, a algumas de suas regras.

[...] § 8o O presidente da assembleia ou do órgão colegiado de deliberação da companhia não computará o voto proferido com infração de acordo de acionistas devidamente arquivado. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001.)

§ 9o O não comparecimento à assembleia ou às reuniões dos órgãos de administração da companhia, bem como as abstenções de voto de qualquer parte de acordo de acionistas ou de membros do conselho de administração eleitos nos termos de acordo de acionistas, assegura à parte prejudicada o direito de votar com as ações pertencentes ao acionista ausente ou omissa e, no caso de membro do conselho de administração, pelo conselheiro eleito com os votos da parte prejudicada. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001.)

²⁰ “A BM&FBovespa é uma companhia que administra mercados organizados de títulos, valores mobiliários e contratos derivativos, além de prestar serviços de registro, compensação e liquidação, atuando, principalmente, como contraparte central garantidora da liquidação financeira das operações realizadas em seus ambientes. [...] A Bolsa oferece ampla gama de produtos e serviços, tais como: negociação de ações, títulos de renda fixa, câmbio pronto e contratos derivativos referenciados em ações, ativos financeiros, índices, taxas, mercadorias, moedas, entre outros; listagem de empresas e outros emissores de valores mobiliários; depositária de ativos; empréstimo de títulos; e licença de softwares” (BM&FBovespa, 2013).

Em síntese, quem define se a companhia é ou não aberta e se, sendo aberta, pode fazer distribuição pública, é a Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Contudo, é a BM&FBovespa quem proceduraliza a distribuição.

Nesse sentido, atendendo à disciplina legal e estando de acordo com as regras da CVM, a companhia pode colocar suas ações em negociação pública, ainda que não obedeça a alguns procedimentos indicados pela Bolsa.

No entanto, se desejar adotar os mecanismos indicados pela Bolsa para, segundo os operadores do mercado, ter maior receptividade em seus papéis, a sociedade deve se submeter a um contrato, que tem, entre outras características, as seguintes: (I) submissão voluntária a determinadas práticas de governança corporativa; (II) emissão apenas de ações ordinárias; (III) manutenção, no mínimo, de 25% de ações do capital da companhia em circulação; (IV) detalhamento e inclusão de informações adicionais nas informações trimestrais, anuais e demonstrações contábeis padronizadas; e (V) disponibilização das demonstrações contábeis anuais no idioma inglês e com base em princípios de contabilidade internacionalmente aceitos.

Essa adesão contratual ao Novo Mercado se dá por meio da assinatura de instrumentos entre a companhia, seus administradores e acionistas controladores e a BM&FBovespa, além da adaptação do estatuto social da companhia às regras contidas no Regulamento de Listagem do Novo Mercado.

Relativamente ao estatuto, importa destacar que a sociedade fica obrigada a adaptá-lo de forma que a estrutura do capital social seja dividida exclusivamente em ações ordinárias e que haja vedação à emissão de partes beneficiárias (ou de sua manutenção em circulação).

Com relação ao poder de comando das sociedades vinculadas ao Novo Mercado, é importante verificar que Conselho de Administração deve ser composto por, no mínimo, cinco membros, eleitos pela assembleia geral, com mandato unificado de no máximo dois anos, sendo permitida a reeleição. Desses membros, ao menos 20% devem ser Conselheiros Independentes.

Os administradores da companhia aderente ao Novo Mercado devem, ainda, subscrever um Termo de Anuência, responsabilizando-se pessoalmente por agir em conformidade com o Contrato de Participação no Novo Mercado, com o Regulamento da Câmara de Arbitragem do Mercado e com o Regulamento do Novo Mercado.

Como meio de proteção aos minoritários e investidores, a estrutura do Novo Mercado lista como prioridades a serem atendidas pelas companhias a ele submetidas:

- I. obrigação de efetivar ofertas públicas de aquisição de ações no mínimo pelo valor econômico sob determinadas circunstâncias, como, por exemplo, quando do cancelamento do registro de negociação no Novo Mercado;
- II. dever de realizar ofertas de distribuição de ações sempre de modo a favorecer a dispersão acionária;
- III. extensão, para todos os acionistas, das mesmas condições obtidas pelos controladores quando da venda do controle da companhia;
- IV. obrigação de prestação de informações não financeiras a cada trimestre, como, por exemplo, o número de ações detidas pelos administradores da companhia e o número de ações em circulação;
- V. dever de maior divulgação de operações com partes relacionadas;
- VI. necessária submissão da companhia e de seus acionistas, administradores e membros do Conselho Fiscal ao Regulamento da Câmara de Arbitragem do Mercado da BM&FBovespa, para a resolução de conflitos que possam surgir entre eles, relacionados ou oriundos de aplicação, validade, eficácia, interpretação, violação e seus efeitos das disposições contidas na Lei das Sociedades por Ações, no estatuto social da companhia ou nas normas editadas por CMN, Bacen e CVM, além daquelas constantes no Regulamento do Novo Mercado, no Regulamento da Câmara de Arbitragem do Mercado e no Contrato de Participação no Novo Mercado.

Com essas medidas, entende a Bolsa que estão protegidos todos os interesses envolvidos nas atividades relacionadas ao mercado e,

consequentemente, a própria manutenção da empresa, propiciando o amadurecimento e o crescimento econômicos.

Essa regulamentação é, sem dúvida, mais consentânea com o contratualismo, visto que surge a partir do *nexus of contract* firmado entre a Bolsa, a companhia, os administradores, o controlador e, finalmente, os investidores.

Vale citar que a tendência, segundo os números apresentados pela Bolsa, é de crescimento das empresas vinculadas a contratos de novas práticas de governança corporativa²¹. Em julho de 2013, das 455 sociedades listadas na BM&FBovespa para negociação em mercado de bolsa, 130 tinham aderido ao Novo Mercado e 53 tinham convertido suas participações em Nível 1 e Nível 2²².

Isso denota que a confiança, de fato, é o fiel da balança quando se trata de investimentos, eis que, como demonstrado, os fundamentos da governança corporativa são elementos baseados na transparência, equidade, prestação de contas e responsabilidade corporativa.

5.12 Conclusão

Finalizando, é importante destacar, por mais que não seja objeto do presente estudo, que no Brasil há um grande número de sociedades anônimas fechadas e que muitas das abertas ainda têm controle concentrado, seja por grupos familiares, seja por grupos com interesses comuns.

²¹ O Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa, editado pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, objetiva indicar os caminhos para todos os tipos de sociedade, de forma a: (I) aumentar o valor da sociedade; (II) melhorar seu desempenho; (III) facilitar seu acesso ao capital a custos mais baixos; e (IV) contribuir para sua perenidade, sendo que os princípios básicos inerentes a essa prática são a transparência, a equidade, a prestação de contas e a responsabilidade corporativa.

²² Segundo o boletim *Disclosure das Transações Financeiras*, ed. 95, “O Novo Mercado compreende as empresas que abriram o capital, emitindo exclusivamente ações ordinárias, e aderiram aos preceitos da governança corporativa. Ao passo que os segmentos de Níveis Diferenciados de Governança Corporativa listam as empresas que já tinham suas ações negociadas na BOVESPA (mercado tradicional) e que posteriormente aderiram aos mandamentos da governança corporativa (ações ordinárias e preferenciais)” (WEBFINDER, 2003).

Nesses casos, o poder de controle é ainda absolutamente vinculado aos acionistas, tendo os administradores atuação secundária.

Como as estruturas das sociedades anônimas, em seu aspecto legislativo, não diferem no que diz respeito ao fato de serem abertas ou fechadas, pode-se afirmar que, em ambos os casos, nossa legislação continua a ter características marcantes de institucionalismo publicista, apesar de dar mostras de avanços em direção ao institucionalismo organizativo, ao admitir a existência de estrutura com diversos órgãos de controle na sociedade anônima. Nesses casos, é possível, por meio do estatuto social, criar mecanismos mais eficientes de controle, promovendo transparência, equidade, prestação de contas adequada e responsabilidade corporativa, tendo o órgão executivo função mais efetiva de condução qualificada das atividades sociais.

Por outro lado, a legislação não estatal dá mostras de se orientar mais pelo contratualismo (*nexus of contracts*). Nesse caso, naturalmente, há deslocamento do centro de poderes para os administradores, reduzindo-se o poder de império da assembleia geral.

De qualquer modo, não seria demasiado dizer que o grande poder, nas macroempresas, sempre estará atrelado ao mercado, pois este “senhor”, por meio da disponibilização de recursos para investimentos, pode alterar toda a lógica do sistema.

Referências

BM&FBOVESPA. *O que a bolsa faz*. Disponível em: <<http://www.bmfbovespa.com.br/pt-br/intros/intro-sobre-a-bolsa.aspx?idioma=pt-br>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

CARVALHOSA, M.; EIZIRIK, N. *A nova Lei das S/A*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARTA CAPITAL. *Petrobras propõe nova fórmula de preços do combustível*. 10 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/economia/petrobras-propoe-nova-formula-de-precos-do-combustivel-2029.html>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

CORAPI, D. Regras obrigatórias e facultativas na Lei de Sociedades. In: WALD, A. (Org.). *Doutrinas essenciais: Direito Empresarial*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COMPARATO, F. K. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

COUTINHO DE ABREU, J. M. Notas sobre o poder nas sociedades anônimas. In: NUNES, A. A.; COUTINHO, J. M. (Coord.). *O Direito e o futuro: o futuro do Direito*. Coimbra: Almedina, 2008.

EUR-LEX. *Modernizar o direito das sociedades e reforçar o governo das sociedades na União Europeia: uma estratégia para o futuro*. Bruxelas, 2003. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52003DC0284>>. Acesso em: 28 nov. 2015.

GALGANO, F. *Diritto Commerciale 2 – Le società*. 2 ed. Bologna: Zanichelli, 1986.

GAZETA DO POVO. *Pacto devolve ao Dominó poder parcial na Sanepar*. 28 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/economia/conteudo.phtml?id=1403827&tit=Pacto-devolve-ao-Domino-poder-parcial-na-Sanepar>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

ISTOÉ DINHEIRO *Sob nova direção: governo muda presidente do Banco do Brasil e orienta o banco a reduzir os juros e aumentar o crédito*. 2013. Disponível em: <<http://www.terra.com.br/istoedinheiro-temp/edicoes/601/imprime131235.htm>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

JAEGER, P. G.; DENOZZA, F. *Appunti di Diritto Commerciale: l'impresa e società*. 2. ed. Milano: Dott. A. Fiuffrè, 1992.

KANDIR, A. A reforma da Lei das S.A. e o desenvolvimento. In: WALD, A. (Org.). *Diritto Empresarial: sociedades anônimas*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SALOMÃO FILHO, C. *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995.

WEBFINDER. *Disclosure das Transações Financeiras*, ed. 95, set. 2003. Disponível em: <www.webfinder.com.br/disclosure/PDF/dis99-2.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2013.

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS PARA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

*Luciano Elias Reis
Emerson Gabardo*

6.1 Introdução

Atualmente, no Brasil, segundo levantamento realizado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e relatado pelo ex-Conselheiro Federal, Romeu Felipe Bacellar Filho, 60% das demandas que tramitam no Poder Judiciário Brasileiro tem cunho administrativo, isto é, são ações nas áreas ambiental, tributária, econômica, administrativa, entre outros ramos que se desdobram a partir do Direito Administrativo (BACELLAR FILHO, 2012).

Para endossar esse número, o *I Relatório Supremo em números*, elaborado pela Fundação Getúlio Vargas (FALCÃO et al., 2011), concluiu, em abril de 2011, que 92% dos casos que demandam o Supremo Tribunal Federal são processos recursais e, além disso, apenas dez partes respondem por quase 65% desses processos. Dos dez maiores recorrentes perante a Corte Suprema do Brasil, nove estão diretamente ligados ao Poder Executivo (Caixa Econômica Federal, União, Instituto

Nacional do Seguro Social, estado de São Paulo, Banco Central do Brasil, estado do Rio Grande do Sul, município de São Paulo, Banco do Brasil e estado de Minas Gerais).

Como consequência desses dados, deduz-se que a Administração Pública Brasileira está envolvida, como parte ou interessada, na maioria das contendas judiciais que tramitam perante o Poder Judiciário, demonstrando-se, dessa maneira, a necessidade de se repensar a atuação administrativa.

Não se pode imaginar, nas hodiernas linhas de pensamento do Direito Administrativo, que a Administração Pública se aproveite do Poder Judiciário para retardar ou deixar de cumprir com suas obrigações, bem como auxilie ou fomente a criação de obstáculos à satisfação dos direitos das pessoas (física ou jurídica), visto que tal conduta inviabiliza, inclusive, a legitimação do poder e da representação.

Nesse ideário de raciocínio, as formas consensuais de solução de controvérsias contribuem para a eficiência da Administração Pública e deverão ser priorizadas pelos agentes públicos competentes.

6.2 Eficiência como um dever-poder à atuação administrativa

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 37, *caput*, preceitua que “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. O princípio da eficiência não é decorrente do texto inicial da Constituição, mas foi inserido pelo Poder Constituinte Reformador, por meio da Emenda Constitucional n. 19/98 (denominada de *Reforma Administrativa*). Apesar de a inserção constitucional da eficiência ser do ano de 1998, convém salientar que,

anteriormente, em alguns textos normativos pretéritos, já existiam menções à eficiência, até em decisão judicial¹.

Por exemplo, o Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967 — que dispôs sobre a organização da Administração Federal e estabeleceu diretrizes para a Reforma Administrativa —, prescreveu de modo explícito, em seu art. 26, inciso III, que a supervisão ministerial no tocante à Administração Indireta visa assegurar a eficiência administrativa. Além desse dispositivo, também houve a menção à eficiência nesse diploma normativo, nos art. 27, *caput*, 30, § 2º, 100 e 116, inciso I.

Tais alusões à eficiência somente se referem à transcrição da expressão dos vernáculos *eficiência*, *eficiente* ou *ineficiência*; isso porque, em diversas oportunidades, o Decreto-Lei n. 200/67 correlaciona-se ao desiderato da eficiência, porém com outras palavras.

A Lei n. 8.112/90, que dispõe sobre o Estatuto dos Servidores Civis da União, estabelece, em seu art. 116, que são deveres dos servidores atender com presteza (inciso III) e zelar pela economia do material e pela conservação do patrimônio público (inciso VII). Ou seja, diante dos preceptivos legais, infere-se que a eficiência é persecutida como um dever aos servidores públicos civis da União.

A Lei n. 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, estipula, em seu art. 6º, § 1º, que toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários. O usuário, no caso, é entendido como aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia em sua prestação e modicidade das tarifas.

O Decreto Federal n. 1.171/94, que aprovou o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, também preconizou, em seu inciso I, como regra deontológica de todos os

¹ “RMS - Administrativo - Administração Pública - Servidor Público - Vencimentos - Proventos - Acumulação - A Administração Pública é regida por vários princípios: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade e Publicidade (Const., art. 37). Outros também se evidenciam na Carta Política. Dentre eles, o princípio da Eficiência” (Brasil, 1996).

servidores públicos civis federais, que a dignidade, o decoro, o zelo, a eficácia e a consciência dos princípios morais são primados maiores que devem nortear o servidor em sua atuação, seja no exercício do cargo ou função, seja fora dele.

Além de todos esses dispositivos normativos infraconstitucionais, impende lembrar ainda que a própria Constituição da República já espelhava a eficiência em sua redação inaugural. Tal reflexo encontra-se tanto no art. 70 quanto no art. 74, inciso II. O art. 70 prescreve que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da Administração Direta e Indireta será aferida quanto a legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas e será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Já o art. 74, inciso II, determina que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de, entre outras atribuições, comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto a eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado.

Diante das normas infraconstitucionais e constitucionais alinhavadas, verifica-se que o princípio da eficiência, em que pese não estar expressamente prescrito no texto constitucional antes da Emenda Constitucional n. 19/1998, já estava presente e irradiava os seus efeitos imanentes, apesar de constar com outras expressões. Isto é, conquanto não estipulado de forma literal, o sentido da eficiência já estava na Constituição e impunha-se como obrigação à Administração Pública em si. Com o advento

do racionalismo administrativo característico da modernidade, a idéia de eficiência sempre esteve presente na Teoria do Estado e na Ciência da Administração, ainda que muito pouco dela se tenha tratado na doutrina, principalmente na do Direito Administrativo (que, é bom lembrar, conquistou seu lócus epistemológico muito recentemente) (GABARDO, 2002, p. 94).

Romeu Felipe Bacellar Filho (1998, p. 194) pontua que a interpretação de tal princípio então gera duas consequências ao intérprete, quais sejam: (I) analisá-lo num processo contínuo de interpretação conforme a Constituição, “a fim de evitar rupturas ou fraudes constitucionais que atentem contra a identidade da Lei Fundamental”; e (II) respeitar a interação e a ponderação com os demais princípios constitucionais da Administração Pública para sua aplicação.

Dessa feita, é inexorável pensar em Administração Pública no afã da consecução do bem público de maneira a se realizar uma atuação administrativa eficiente. Aquele que está no mister de perseguir o interesse público tem o dever de agir almejando a atuação ótima, até para justificar e legitimar-se em sua conduta. O regime jurídico administrativo não autoriza determinadas prerrogativas e diferenças entre o interesse público e o interesse privado para mero deleite das autoridades administrativas, muito pelo contrário, motiva-se tal desíderio desde que haja a convergência da atuação com o interesse público. Para tais intentos e missões, não se pode esquecer da eficiência e do papel do Estado, por intermédio da imputação conferida a seus agentes, a fim de alcançar os referidos objetivos ínsitos ao interesse público, o qual, segundo Paulo Otero (2013, p. 63), “funciona como dimensão teleológica de toda atividade administrativa: a Administração Pública tem a sua pedra angular na prossecução do interesse público”.

Porém, quando se fala em eficiência, há uma grande dificuldade em sua definição. Esse obstáculo em defini-la se deve às diversas facetas e compreensões que recebe em cada ciência. O conceito de eficiência componente da ideia formativa do princípio deve ser classificado como um conceito jurídico indeterminado, visto que apresenta extensão imprecisa e sua aplicação deve ser sopesada no caso concreto (SOUZA, 1994). Mesmo que exista essa distinção da definição de eficiência de acordo com a ciência em trato, há de se ressaltar que, a partir do momento que tal é prescrito normativamente, então não se deve recorrer às outras ciências para emprestar ou copiar as definições, mas, sim, deve-se cingir a interpretação e a aplicação

da eficiência de acordo com os ditames do Direito. Via de consequência, em que pese a curiosidade, os estudos e o conhecimento emprestados de outras ciências, não deve o aplicador do direito, a partir do momento da prescrição jurídico-normativa da eficiência, recorrer ou utilizar de raciocínio emprestado de outras ciências, pois cada ramo de conhecimento empresta “um conceito adequado aos seus propósitos” (MATTA, 2008, p. 21). Por essa razão, Paulo Modesto (2000, p. 66) enfatiza que o temor da eficiência não é exclusivo nem privativo de nenhuma ciência, pois

é um termo da língua natural, apropriado pelo legislador em sua acepção comum ou com sentido técnico próprio. São os juristas, como agentes ativos no processo de construção do sentido dos signos jurídicos, os responsáveis diretos pela exploração do conteúdo jurídico desse princípio no contexto do ordenamento normativo nacional.

Corroborando com esse raciocínio, é possível asseverar ser um enorme equívoco considerar o conceito de eficiência como eminentemente econômico, pois: (I) sua etimologia é independente e se correlaciona à atividade racional, a qual perquire o encontro dos melhores meios para a busca do fim colimado; e (II) conquanto fosse considerado um conceito intrinsecamente econômico, perderia tal viés a partir do momento de seu albergue pela ordem jurídica (GABARDO, 2002, p. 91).

José Afonso da Silva (2008, p. 672) descreve o referido princípio dizendo que ele “consiste na organização racional dos meios e recursos humanos, materiais e institucionais para a prestação de serviços públicos de qualidade com razoável rapidez, consoante previsão do inciso LXXVIII do art. 5º (EC-45/2004) e em condições econômicas de igualdade dos consumidores”. Consoante se verifica, o autor define o princípio num aspecto mais de racionalidade e organização dos meios e recursos humanos da Administração. Todavia, vale mencionar que o referido jurista expõe a dificuldade em transpor a eficiência

para a atividade administrativa, visto que está arraigada em uma noção típica da atividade econômica, a qual leva em conta a relação *input/output* (insumo/produto), sendo que não raras vezes inexistente *output* (produto) identificável².

Alexandre de Moraes (2002, p. 317) define, de forma mais ampla, o princípio da eficiência como aquele que determina à Administração Direta e Indireta, bem como a seus agentes públicos,

a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social.

O autor enfatiza que o princípio da eficiência não é uma relevação da tecnocracia, e sim ao contrário, posto que “dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços sociais essenciais à população, visando à adoção de todos os meios legais e morais possíveis para satisfação do bem comum” (MORAES, 2002, p. 317).

Nesse viés coletivista, Alexandre Santos de Aragão (2004, p. 1) defende que a eficiência não pode ser encarada somente sob o viés econômico,

² Vale advertir sobre a posição cética de Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 122) com relação ao princípio da eficiência, pois, segundo o autor, o princípio “não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência”. Nesta linha, o autor deduz que o princípio da eficiência “não parece ser mais do que uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado”. No mesmo diapasão, Lúcia Valle Figueiredo (2006, p. 64) defende que a inserção do princípio da eficiência significou muito pouco de substancialmente novo. Discorda-se dessa posição de Bandeira de Mello e de Figueiredo, como pode ser verificado em trabalho anterior (GABARDO, 2002).

mas sim como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado, que deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o próprio Estado, especialmente de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos.

Em sentido similar, Marçal Justen Filho (2010, p. 137) explica que

eficiência administrativa não é sinônimo de eficiência econômica. Numa empresa privada, a autonomia permite organizar os fatores da produção segundo as finalidades perseguidas egoisticamente pelo empresário — o que autoriza, inclusive, a privilegiar a busca do lucro. Ao contrário, a atividade estatal deverá traduzir valores de diversa ordem, e não apenas aqueles de cunho econômico.

Por esses motivos, “quando se afirma que atividade estatal é norteadada pela eficiência, não se impõe a subordinação da atividade administrativa à racionalidade econômica, norteadada pela busca do lucro e da acumulação da riqueza” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 137).

De forma um pouco diversa, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 98) segmenta o princípio da eficiência sob dois vieses: em relação ao modo de atuação do agente público e ao modo de organização, estruturação e disciplinamento da Administração Pública. Ou seja, a autora dá um enfoque mais verticalizado sobre o aparato administrativo, inclusive aos agentes públicos. Segundo Roberto Dromi (2004, p. 236),

la dimensión axiológica encuentra en la eficiencia administrativa la congruencia en la proyección, la acción y el resultado del que hacer administrativo, y a tales fines confluyen las siguientes acciones: 1) realizar el adecuado diagnóstico de las necesidades públicas, 2) cumplir los objetivos en el marco espacio-temporal programado, 3) alcanzar la finalidad política, 4) obedecer al control público, 5)

satisfacer las necesidades públicas con costos razonables, 6) respetar reglas de celeridad y sencillez, e 7) actuar con economía procesal y preservar la legalidad administrativa.

Por sua vez, Diogo Figueiredo Moreira Neto (2007, p. 18-19) elenca os princípios da eficiência e da legitimidade como os novos princípios fundantes do novo conceito de Administração Pública, no que se refere à governabilidade. Para o autor, três novas circunstâncias levaram à crise da governabilidade e à elevação de tais princípios, quais sejam: (I) maior sobrecarga de demandas nos regimes democráticos em comparação com regimes autocráticos; (II) maior conflitualidade social nos regimes democráticos e sociais; e (III) maior distribuição e desconcentração de poder nas sociedades democráticas. Moreira Neto (2007, p. 185) contempla até, quando fala da necessidade de eficiência, e não mais só de eficácia, que existe um “direito cidadão, de natureza constitucional, não apenas à rigorosa observância da legalidade estrita, mas à satisfação da legitimidade da pretensão juspolítica garantida que tem as pessoas à eficiência; em síntese — a uma boa administração”.

Claus Offe (1990, p. 118) também destaca que a manutenção da eficiência e da legitimidade nos modernos regimes democráticos é uma tarefa principal e, por tal razão, diversos ramos e instituições do sistema político são especializados para fornecer esses requisitos funcionais. Offe (1990, p. 121) indaga, e inclusive alça como ponto nodal, o seguinte questionamento: É possível o Estado desempenhar suas funções com eficiência ou há contradições sistemáticas na própria atividade estatal que o impedem de manejar com êxito as contradições do modo capitalista de produção? Tal discussão é realmente importante, obrigando o Direito Administrativo e o Direito Constitucional a uma incursão na Teoria do Estado, na história e na filosofia política, para se poder compreender o fenômeno de forma mais adequada³.

³ Uma análise mais aprofundada do tema “eficiência e legitimidade” foi realizada em trabalho anterior (GABARDO, 2003).

Trespasadas tais posições doutrinárias, não se pode perder de vista que não há grandes debates jurídicos acerca do fato de o princípio da eficiência albergar tanto o procedimento quanto os resultados buscados pela ação administrativa. Parece, também, que a eficiência assume um papel fundamental à legitimação da governabilidade dos agentes públicos. O cidadão precisa ser respeitado e sentir-se dessa maneira ao analisar a eficiência na atuação dos administradores públicos. Abre-se parêntese desde já para asseverar que a falta de eficiência administrativa na resolução dos conflitos pelos órgãos e pelas entidades da Administração Pública significa um verdadeiro bloqueio ao sentimento de representação pelos cidadãos ante o Estado e, conseqüentemente, desencadeia uma fuga do cidadão em relação ao Estado, já que ele possui sentimento de desamparo, orfandade ou até, às vezes, de adversariedade.

Em que pese todo esse panorama doutrinário exposto, conclui-se que o princípio jurídico da eficiência se refere “à análise de todos os aspectos exclusivamente restritos à eficiência, no seu viés economicista e sociológico, incrementada por caracteres eminentemente jurídicos. Do resultado desta operação somatória é que nasce o princípio, que se qualifica ainda mais pela natureza constitucional” (GABARDO, 2002, p. 98). E, conforme a definição de eficiência ora adotada, dessume-se, de maneira incontroversa, que a eficiência é um dever imposto a todos que exercem a função administrativa, sendo ele conclusivo, ainda que não o respeitar configure um flagrante atentado de legitimação do poder conferido aos agentes públicos.

6.3 A consensualidade no atual Direito Administrativo

A partir do fim do século passado, o Direito Administrativo idealiza-se para uma nova concepção da atuação da Administração Pública perante a sociedade e na cura dos interesses públicos. Com

esta nova fase, há uma alavanca à participação da sociedade nos atos administrativos e na atuação da Administração Pública, o que *de per si* repercute em uma mitigação das atividades administrativas, com base na unilateralidade pura, sem qualquer participação de terceiros. Segundo Vasco Pereira da Silva (1998, p. 40), no período correspondente ao Estado Liberal de Direito — século XIX e início do século XX —, “o modo normal (praticamente exclusivo) de actuação da Administração Pública era o acto administrativo”, porém há uma mudança de paradigma, visto que, como dito por José Luiz Esquível (2004, p. 19), no “último quartel do século XX, o Estado Pós-Social traz consigo uma Administração Pública que opta pela concertação e pela cooperação com a sociedade civil, para conseguir dar satisfação a um interesse público cada vez mais diversificado e planeado”⁴.

Em mesma reflexão, Gustavo Justino de Oliveira (2010, p. 217, 219) menciona que surge uma “Administração Pública dialógica, a qual contrastaria com a Administração Pública monológica, refratária à instituição e ao desenvolvimento de processos comunicacionais com a sociedade”; isso porque o Direito Administrativo, com base no modelo liberal de Estado, contextualizado ao início do século XIX, era marcado pelo unilateralismo, em razão da autoridade dos agentes públicos da Administração. Nessa linha de pensamento, Oliveira sintetiza esse aspecto quando aborda que

o binômio autoridade-liberdade — matizador do direito administrativo desde sua origem — tem fundamento no surgimento da Administração Pública; é o momento da Administração autoritária com seus traços característicos de: a) desigualdade entre a Administração e os indivíduos; e b) atribuição aos órgãos e entes administrativos de poderes de autoridade sobre os mesmos.

⁴ Sobre a consensualização na atuação da Administração Pública, vide: Reis (2013, p. 207-228).

Todavia, nas últimas décadas⁵, verifica-se que o Direito Administrativo demanda uma nova concepção. Segundo Odete Medauar (2003, p. 210), um conjunto de fatores propiciou esse novo modo de atuar, entre os quais: a afirmação pluralista; a heterogeneidade de interesses detectados numa sociedade complexa; a maior proximidade entre Estado e sociedade; o desenvolvimento ao lado dos mecanismos democráticos clássicos; a crise da lei formal como ordenadora de interesses; o processo de *desregulation*; a emergência de interesses metaindividuais; a exigência de racionalidade, modernização e simplificação da atividade administrativa; e a necessidade de mais eficiência e produtividade.

Nessa linha, Almiro Couto e Silva (2006, p. 283), quando aborda os atos administrativos, expõe que:

Modernamente desenvolveu-se a chamada administração consensual, *soft administration*, administração concertada ou administração participativa. Em vez de o Estado proceder por meios unilaterais, impondo desde logo sua decisão, ele chama os interessados, ouve-os e obtém seu consentimento para as medidas que irá tomar. Por vezes essa administração consensual assume formas institucionalizadas, como acontece especialmente no direito francês, alemão e italiano. Outras vezes, porém, o consenso é obtido por contatos informais a que se segue o ato administrativo. No plano jurídico, o que entra e o que aparece é apenas o ato administrativo.

No direito Brasileiro, a administração consensual se realiza quase sempre dessa maneira, sendo muito utilizada no direito urbanístico e no direito administrativo da economia, onde protocolos e cartas de intenção são com certa frequência assinados. Esses documentos, entretanto, as mais das vezes não criam outros vínculos jurídicos daqueles decorrentes da proteção da confiança e da responsabilidade extracontratual do Estado.

⁵ A partir da década de 1990, conforme a obra *O Direito Administrativo em evolução* (MEDAUAR, 2003, p. 131).

Jessé Torres Pereira Júnior e Marines Restelatto Dotti (PEREIRA JÚNIOR; DOTTI, 2010, p. 11) também comentam a mudança de concepção no Direito Administrativo, de uma visão unilateral para uma posição de diálogo, negociação, acordos, coordenação, descentralização, cooperação e colaboração. Em sentido análogo, Moreira Neto (2011, p. 55-56) descreve que,

embora, ao lado do consenso, coexista o fenômeno antípoda da pura imposição da força, assim como de qualquer outra modalidade coercitiva, que poderia ser até uma simples ameaça ou mero temor reverencial — o que também dela faz uma fonte de agregação e de organização — a essencial distinção social entre ambos — o consenso e a coerção — está em que as relações fundadas apenas ou predominantemente na coerção jamais serão tão duradouras quanto as que se lastreiem no consenso.

Juarez Freitas (2010, p. 14) também comenta que há dois paradigmas em conflito na vivência do Direito Administrativo: em uma faceta, o autoritarismo, o irracionalismo ou o emotivismo decisionista e, noutra faceta, a “racionalidade dialógica, pluralista e democrática, com plasticidade adaptativa acoplada às exigências de fundamentação consistente e endereçada ao cumprimento coerente e coeso das metas superiores da Constituição”.

Ao comentar sobre o Estado Pós-Moderno, Jacques Chevallier (2009, p. 160) descreve o impacto da flexibilização e da consensualidade nos ajustes firmados, pontuando que “o direito pós-moderno se apresenta como um direito pragmático, sustentado por uma vontade de ação sobre o real; essa preocupação de eficácia modifica a concepção tradicional da normatividade; à rigidez toma lugar a flexibilidade e à estabilidade a adaptabilidade”. Nesse rumo, verifica-se que, antes do fim do século XX, era absolutamente dominante a ideia de, em face da indisponibilidade do interesse público, não ser possível uma entidade ou um órgão dela titular negociar um pacto cooperativo para seu emprego, porque estaria renunciando ao exercício da competência própria da Administração Pública.

Todavia, como bem explica Moreira Neto (2007, p. 41), resguardado na ideia de que a titularidade de competência não implica em monopólio do interesse público e a delegabilidade não importa em alienação, mas sim partilha de responsabilidade, fica desobstruída a via da coordenação de atividades e de esforços dos setores público e privado. O autor espousa a necessidade de consensualidade e participação para o avanço da democracia contemporânea, pois tais

contribuem para aprimorar a governabilidade (eficiência); propiciam mais freios contra o abuso (legalidade); garantem a atenção a todos os interesses (justiça); proporcionam decisão mais sábia e prudente (legitimidade); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (civismo); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem).

Além desses aspectos, não se deve esquecer que a participação é “relevante para as finalidades da transparência da Administração Pública e, por isso mesmo, para o bom andamento e imparcialidade desta última, em razão da clarificação e da precisão do quadro cognoscitivo à disposição da Administração Pública” (SUORDEM, 1995, p. 140).

Com efeito, verifica-se que a Administração Pública está mudando porque o Estado está se transformando, pressionado pela sociedade — e essa não é uma realidade Brasileira, e sim mundial. Sob esse viés, porém com o enfoque do Estado Democrático de Direito, Pietro (2005, p. 32-33) aponta que a participação do cidadão e o aspecto da justiça material configuram atualmente tal Estado, o qual procura substituir o Estado Legal puramente formalista por um Estado de Direito vinculado aos ideais de justiça.

Além disso, os avanços nos veículos de informação tornam clarividentes que as pessoas têm tido cada vez mais acesso às informações da atuação estatal, o que *de per si* por vezes desencadeia diversas revoltas, que geram consequências, rupturas de modelos “tradicionais” e reflexos diretos e indiretos para a sociedade. Dessa feita, dessume-se que é muito produtivo e saudável para a sociedade que

se perseverere o Estado Pluriclasse, até porque a sociedade pluralista estará zelando pelo interesse público — que é a ideia nuclear do regime jurídico administrativo (BLANCHET, 2012).

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández (ENTERRÍA; FÉRNANDEZ, 1999, p. 665) denominam a Administração, nesse contexto, de *Administração-concertada* e aduzem à renúncia ao imperativo unilateral de seus poderes para acordar com os particulares, a fim de se obter maior participação deles no exercício da atividade administrativa, bem como auxiliar na minoração dos litígios envolvendo o particular e a Administração. Seguindo esse ideário, Odete Medauar e Gustavo Justino de Oliveira (MEDAUAR; OLIVEIRA, 2006, p. 31) endossam o fortalecimento da negociação na esfera da Administração Pública por via de acordos como um desses novos paradigmas.

Nesse viés, segundo Moreira Neto (2007, p. 124-125), várias características podem ser verificadas nas novas tendências do Estado e da sociedade quanto à administração dos interesses públicos, entre as quais destacam-se:

- I. a imparcialidade da Administração Pública em sua atuação;
- II. a abertura da Administração Pública à participação do administrado, para dela receber orientação, a fim de que possa colaborar;
- III. a eficiência na ação administrativa, não se esperando mais só eficácia (produzir os resultados esperados), e sim eficiência (maior nível de qualidade e com o mínimo de dispêndio de recursos públicos);
- IV. a preferência às atividades concertadas consensualmente pela Administração Pública, sobrepujando a coercitividade e o autoritarismo.

Além desses, o autor menciona outros aspectos, como “a valorização da legitimidade e da licitude, *pari passu* com a legalidade, a ascendência da uniformização e da processualidade administrativas,

o avanço da principiologia jurídica e da discricionariedade técnica” (MOREIRA NETO, 2007, p. 125). Todavia, é importante mencionar que todas essas tendências foram acolhidas pela Constituição e têm sido defendidas pela doutrina administrativista majoritária. O problema maior não é exatamente da teoria do Direito Administrativo, e sim das práticas da Administração que ainda não acolheram tal teoria. Críticas, portanto, ao princípio da supremacia do interesse público não fazem sentido e denotam equívocos teóricos resultantes de uma confusão entre a teoria e a prática do Direito Administrativo (HACHEM, 2011, p. 219).

Pelo exposto, pode-se dizer que a consensualidade evidencia uma realidade que permeia os Estados — inclusive o Estado Brasileiro — e fortalece o Estado Democrático de Direito com uma elevada participação popular, a qual serve de fundamento legitimador para a atuação estatal, principalmente sob o enfoque de principal interessada na atuação em prol do interesse público primário. Nessa cadência, “a participação deve ocorrer tanto no viés de mobilização política no plano das mentalidades, com ênfase na prática eminentemente cultural, quanto no sentido propriamente de atuação no Estado e, obviamente, fora dele, no espaço público não-estatal” (GABARDO, 2003, p. 165).

6.4 A resolução de controvérsias e suas formas consensuais para eficiência da Administração

Como dito alhures, o Estado Brasileiro é um dos maiores litigantes perante o Poder Judiciário do Brasil, o que traz severos empecilhos para o aumento das atividades e dos investimentos negociais no país, bem como gera uma insopitável crise de representação e legitimação perante os cidadãos.

Sobre a relação das atividades negociais e o prejuízo à imagem Brasileira ante a resolução de conflitos com a Administração Pública ou com terceiros perante o Poder Judiciário, os dados do

Banco Mundial demonstram que o Brasil atualmente é ranqueado como o 116º país para se fazer negócios, de 189 países analisados. Essa pesquisa leva em consideração os seguintes fatores: (I) abertura de empresas; (II) obtenção de alvarás de construção; (III) obtenção de eletricidade; (IV) registro de propriedade; (V) obtenção de crédito; (VI) proteção de investidores; (VII) pagamento de impostos; (VIII) comércio entre fronteiras; (IX) execução de contratos; e (X) resolução de insolvência (WORLD BANK GROUP, 2013).

Percebe-se, pelos fatores analisados pelo Banco Mundial, que vários desses fatores estão relacionados direta ou, no mínimo, indiretamente com a atuação administrativa na resolução de conflitos. Tudo isso é analisado e estudado para se pensar em investimentos e demonstra, no mínimo em parte, o raciocínio atual da pessoa (física ou jurídica) que se relacionará com a Administração Pública, bem como que necessitará dela uma atuação mais eficiente e consensual.

Atualmente, vários mecanismos jurídicos existentes no ordenamento jurídico pátrio podem auxiliar em muito para minorar o número de contendas envolvendo os órgãos e as entidades da Administração Pública Brasileira. Exemplificam-se adiante alguns institutos e ferramentas já preconizados no sistema jurídico Brasileiro.

A Lei Federal n. 9.469 prescreve a possibilidade de acordos judiciais nos processos em que a União seja parte, desde que respeitadas algumas condições, e estatui como valor máximo as causas de até R\$ 500.000,00, sendo necessária a autorização pelo Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e pelos dirigentes máximos das empresas públicas federais. Da mesma forma, a Lei permite as transações a serem implementadas pelo Procurador-Geral da União, pelo Procurador-Geral Federal e pelos dirigentes máximos das empresas públicas federais e do Banco Central do Brasil, em processos que não resultem o pagamento de débitos de valores não superiores a R\$ 100.000,00.

Quando se fala em transações e acordos judiciais para a resolução de controvérsias, não se pode pensar tão somente numa atuação ativa de terceiros estranhos à Administração Pública. Esta deverá

sempre primar pela feitura de acordos, mormente quando se tratar de demandas de elevado cunho social e que somente gerarão mais prejuízos à própria Administração Pública e ao interesse público. Não se está a incentivar aqui a transação de direitos indisponíveis ou acordos a qualquer custo e em qualquer caso, mas sim uma postura mais consensual e eficiente da própria Administração Pública para diminuir o número de contendas perante o Poder Judiciário⁶.

Entende-se sempre como deveras saudável a procura das pessoas pelo Poder Judiciário, visto que o acesso à justiça é uma garantia assegurada na Constituição Federal de 1988; entretantes não se considera justa e legítima a demora de décadas para julgar em definitivo (com trânsito em julgado) a demanda de um cidadão ou de uma empresa. O que se está a repelir e criticar é o colapso que existe no Poder Judiciário do Brasil, o qual serve de afugentamento de investimentos estrangeiros e descrença pelos cidadãos que recorrem ao Judiciário, os quais se sentem desamparados, repercutindo, dessa forma, numa crise de representação.

Outro instrumento jurídico apto e extremamente saudável é o Termo de Ajuste de Conduta previsto na Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85). Esse termo de ajuste permite aos órgãos públicos legitimados para a propositura da respectiva ação que firmem com os interessados um compromisso de ajustamento de conduta, a fim de atender às exigências legais, inclusive com a inserção de cominações ante seu descumprimento e conferindo eficácia de título executivo extrajudicial.

Na mesma esteira de resolução de conflitos da maneira mais célere e buscando a pacificação de litígios, os contratos de concessão de serviço público (concessão comum, concessão patrocinada e concessão administrativa⁷) podem prever a possibilidade de arbitragem, o que pactua com um anseio de investimento e desenvolvimento do

⁶ Sobre os *assuntos meios consensuais de solução de conflitos* e, particularmente, *mediação*, os melhores trabalhos escritos na literatura jurídica Brasileira são os de Luciane Moessa de Souza, razão por que se recomenda sua leitura (SOUZA, 2012a, SOUZA, 2012b).

⁷ Os três modelos legalmente existentes no sistema jurídico Brasileiro, conforme a Lei n. 8.987/95 e a Lei n. 11.079/2004.

Estado. O investidor que pretende participar de uma licitação e celebrar um contrato de concessão, caso seja o vencedor, tem sua prospecção de remuneração baseada em riscos — inclusive envolvendo o risco de um litígio que envolva, por exemplo, a discussão tarifária ou um pedido de reequilíbrio econômico-financeiro — e não pode coadunar com a ideia de aguardar uma década para ter a plena satisfação de seus direitos.

Além disso, ancorado pelos números vestibularmente retratados, salienta-se que no Brasil foi implantada, pelo Conselho Nacional de Justiça, a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, por meio da Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010, posteriormente alterada pela Emenda n. 01/2013. Pelo ato normativo em questão, o Conselho Nacional de Justiça visa “a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade” (art. 1º). Em seu parágrafo único do art. 1º, a Resolução ainda preceitua que “aos órgãos judiciários incumbe oferecer mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão”.

No entanto, não se pode falar em fomento à resolução de conflitos por intermédio de técnicas de consensuais se não houver uma indução à participação da Administração Pública como litigante ou uma mudança de postura desta em seus processos. Ainda é vagaroso o repensar dos órgãos e das entidades da Administração Pública para transações e resolução de controvérsias, bem como é incipiente sua respectiva participação nesse programa idealizado pelo Conselho Nacional de Justiça.

Além da atuação administrativa para a resolução de controvérsia em demandas já alocadas no Poder Judiciário, insta ressaltar que a Administração Pública pode evitar o conflito a partir de uma conduta preventiva, mais precisamente para evitar que se forme uma demanda. A própria atuação da Administração Pública na desapropriação pela legislação Brasileira pode ajudar a evitar a propagação

de controvérsias. Como se sabe, a desapropriação possui as fases declaratória e executória. A fase executória deverá desenvolver-se inicialmente em sede extrajudicial e tão somente incorrendo êxito deve-se buscar a ação judicial de desapropriação. Não se pode coadunar com o pensamento de o Estado desapropriar um terceiro sem buscar a composição extrajudicial do conflito antes de ir à fase judicial. Da mesma forma, a realização de um arguto processo administrativo prévio, com avaliações sérias e fidedignas, é condição essencial para um acordo em sede extrajudicial.

No mesmo diapasão, em sede extrajudicial, chama-se atenção para a fiscalização dos contratos administrativos como forma de diminuição de controvérsias e de eficiência administrativa. A Lei n. 8.666/1993 prevê como cláusula exorbitante, entre outras, o dever de fiscalizar o contrato administrativo. Muitos contratos administrativos geram repercussões e conflitos de interesses devido a uma omissão na atuação perante a contratualização e sua execução.

Sobre o aumento de problemas oriundos dos contratos administrativos, isso é facilmente perceptível pela Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16 e seus impactos na responsabilidade subsidiária e solidária da Administração Pública contratante em desfavor de terceiros (art. 71 da Lei n. 8.666/1993). O julgamento da referida ADC n. 16 teve forte impacto, principalmente, nos julgamentos sobre a responsabilidade subsidiária trabalhista, tanto que houve a reforma do Enunciado n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Nesse ponto, pode-se observar que a grande celeuma está na adequada e devida fiscalização do contrato administrativo como medida mínima e capaz de evitar mais prejuízos e vindouros conflitos com os contratados.

Todos esses exemplos aludidos representam a existência atual de diversos mecanismos e instrumentos, já previstos no sistema jurídico Brasileiro, aptos a melhorar a resolução de controvérsias envolvendo a Administração Pública. Todavia, tais instrumentos ainda carecem de mais estudos e efetividade na transformação do sistema. Notadamente, é preciso que sejam feitas mais análises fora do ambiente jurídico, relevando a impactação dos diferentes instrumentos

disponíveis para a incrementação da eficiência. Nesse sentido, as ferramentas da análise econômica do Direito poderiam ser bastante úteis (RIBEIRO; KLEIN, 2011).

6.5 Conclusão

Deve-se pensar de maneira macro e dinâmica sobre a resolução das controvérsias nos conflitos envolvendo a Administração Pública. Atualmente, o ordenamento jurídico Brasileiro possui excelentes ferramentas e previsões normativas. Basta ao aplicador e ao intérprete utilizá-las adequadamente, visto que uma atuação administrativa eficiente nas formas consensuais de resolução de controvérsias impactará irremediavelmente no desenvolvimento do Estado Brasileiro e no aumento da confiabilidade da sociedade no Estado.

Para complementar, compete pontuar também que a Administração consensual ou concertada não pode ser visualizada como um desprestígio do ato administrativo, como aponta Almiro Couto e Silva (2006, p. 291) ao escrever que o “progresso da Administração Pública concertada ou consensual, da participação popular nas deliberações administrativas do Estado, que enriquecem o Direito Administração de nossos dias pelo saudável ar democrático que injetam, não pode ser visto como um fato de desprestígio do ato administrativo”, e sim, pelo contrário, deve servir como “predicados que lhe permitem, com bons governantes, tornar ágil e eficiente a máquina administrativa do Estado Democrático de Direito”. Por todas essas razões, é imperioso que a Administração Pública assuma seu papel e utilize as formas consensuais de solução de controvérsias para propalar mais confiança e consensualidade em sua atuação administrativa, o que repercutirá no desenvolvimento do Estado e em maior legitimidade de representação.

Referências

- ARAGÃO, A. S. de. O princípio da eficiência. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 237, p. 1-6, jul. 2004.
- BACELLAR FILHO, R. F. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- BACELLAR FILHO, R. F. A avalanche de processos nos tribunais. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 27 abr. 2012.
- BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, 1073 p.
- BLANCHET, L. A. *Direito Administrativo: o Estado, o particular e o desenvolvimento sustentável*. 6 ed. Curitiba: Juruá, 2012.
- Brasil. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *RMS 5590 DF 1995/0016776-0*. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma. Julg. 16 abr. 1996, DJ 10 jun. 1996.
- CHEVALLIER, J. *O Estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- DROMI, R. *Derecho Administrativo*. 10. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004.
- ENTERRÍA, E. G. de; FERNÁNDEZ, T.-R. *Curso de Derecho Administrativo*. v. 1. Madrid: Civitas, 1999.
- ESQUÍVEL, J. L. *Os contratos administrativos e a arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2004.
- FALCÃO, J. et al. *I Relatório Supremo em números: o múltiplo Supremo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011. Disponível em: <<http://supremoem-numeros.fgv.br>>. Acesso em: 22 dez. 2013.
- FIGUEIREDO, L. V. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FREITAS, J. Direito fundamental à boa administração pública e a constitucionalização das relações Brasileiras. *Interesse Público*, ano 12, n. 60, p. 13-24, abr. 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GABARDO, E. *Princípio constitucional da eficiência*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GABARDO, E. *Eficiência e legitimidade do Estado*. Barueri: Manole, 2003.

HACHEM, D. W. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

JUSTEN FILHO, M. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEDAUAR, O. *O Direito Administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDAUAR, O.; OLIVEIRA, G. J. Consórcios públicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MODESTO, P. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. *Revista Interesse Público*, São Paulo, n. 7, jul./set., 2000.

MORAES, A. *Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, A. da M. O princípio da eficiência e sua aplicabilidade na Administração Pública. *Revista IOB de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 3, n. 33, set. 2008.

MOREIRA NETO, D. de F. *Mutações do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOREIRA NETO, D. de F. *Poder, Direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização in memoriam de Marcos Juruena Villela Souto*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OFFE, C. *Contradicciones en el Estado del Bienestar*. Tradução de Antônio Escotado. Madrid: Alianza, 1990.

OLIVEIRA, G. J. de. *Direito Administrativo democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

OTERO, P. *Manual de Direito Administrativo*. v. 1. Coimbra: Almedina, 2013.

PEREIRA JÚNIOR, J. T.; DOTTI, M. R. *Convênios e outros instrumentos de administração consensual na gestão pública do século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

PIETRO, M. S. Z. Di. *Parcerias na Administração Pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PIETRO, M. S. Z. Di. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

REIS, L. E. *Convênio administrativo: instrumento jurídico eficiente para o fomento e desenvolvimento do Estado*. Curitiba: Juruá, 2013.

RIBEIRO, M. C. P.; KLEIN, V. (Coord.). *O que é análise econômica do Direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SILVA, A. do C. Notas sobre o conceito de ato administrativo. In: SOUTO, M. J. V.; OSÓRIO, F. M. (Coord). *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 271-292.

SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, V. P. da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almeida, 1998.

SOUZA, A. F. de. *Conceitos indeterminados no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994.

SOUZA, L. M. de. *Mediação de conflitos coletivos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012a.

SOUZA, L. M. de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012b.

SUORDEM, F. P. da S. *O princípio da separação de poderes e os novos movimentos sociais*. Coimbra: Almedina, 1995.

WORLD BANK GROUP. *Doing business*. 2013. Disponível em: <<http://portugues.doingbusiness.org/rankings>>. Acesso em: 22 dez. 2013.

QUE SIGNIFICA LIVRE CONCORRÊNCIA NO CAMPO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS?

Luciano Taques Ghignone

7.1 Introdução

Como *processo de adaptação social* (PONTES DE MIRANDA, 2005, p. 326-327) que é, o Direito não se fecha num isolamento dogmático relativamente a outros campos do saber. Ao mesmo tempo que regula a vida social em seus mais diversos aspectos, também recebe os influxos correlatos. Mais do que salutar, a complementaridade dos outros campos relativamente à dogmática jurídica é necessária. Afirmar-se isso contemporaneamente beira o truísmo, dada a reconhecida penetração de outros processos de adaptação social no Direito. É o caso da moral: todo discurso de direitos humanos representa, claramente, o influxo da moral sobre o Direito, e sua onipresença (ou banalização) é confirmada pelo *princípio da dignidade da pessoa humana*, que hoje se transformou em coringa para justificar em *ultima ratio* qualquer argumento, desde questões de política internacional até disputas entre condôminos.

Da mesma forma, a economia, que é fortemente influenciada pelas regulações jurídicas, também possui inegável influência sobre o Direito. Há normas jurídicas que não podem ser bem compreendidas sem recurso às noções consolidadas no campo da economia. É o caso da ideia de livre concorrência, que figura como uma das diretrizes das contratações públicas.

O presente estudo investigará esse tópico em uma perspectiva luso-Brasileira. As leis que tratam das contratações públicas, tanto no Brasil (onde o marco legal é a Lei de Licitações e Contratos Administrativos — Lei Federal n. 8.666/93) quanto em Portugal (cujo marco normativo é o Código de Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n. 18/2008), dizem que essas contratações devem respeitar a livre concorrência.

7.2 A consagração normativa da livre concorrência

No Brasil, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos estabelece, no art. 3º, § 1º, I¹, que é vedado aos agentes estabelecer ou tolerar cláusulas ou condições que frustrem o *caráter competitivo* do processo de contratação pública. Da mesma forma, na parte criminal dessa lei, o art. 90 considera infração penal frustrar ou fraudar o

¹ “Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. § 1º É vedado aos agentes públicos: I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991”.

caráter competitivo do procedimento licitatório². Já a legislação portuguesa contempla o princípio de maneira mais explícita. O Código de Contratos Públicos dispõe, no art. 1º, 4, que à contratação pública são aplicáveis os princípios de transparência, igualdade e *concorrência*³. Por sua vez, o art. 16 do Código de Contratos Públicos estabelece os tipos de procedimento para a formação de contratos cujos objetos abranjam prestações que estão, ou sejam suscetíveis de estar, submetidas à *concorrência de mercado*⁴.

A ênfase na competitividade (no presente texto, utilizaremos as expressões livre concorrência e competição de maneira intercambiável) no campo das contratações públicas não é nova, embora não se encontre satisfatoriamente desenvolvida na doutrina jurídica e nas decisões dos tribunais. Maria João Estorninho (2009, p. 11) recorda que, em Portugal, o relatório da Comissão para a Qualidade e a Racionalização da Administração Pública, de 1994, já advogava firmemente a introdução dos “valores da competitividade e a liberdade de escolha”.

O assunto é relevante e complexo, dizendo respeito à interface entre a iniciativa pública e a privada — mais especificamente, ao recurso que a iniciativa pública deve fazer, e sempre fez, à iniciativa privada, para garantir o provimento de bens ou serviços públicos. Para se desincumbir das atividades que lhe são conferidas constitucional e legalmente, o Poder Público necessita recorrer aos bens e serviços produzidos pelos empreendedores privados — é o que os alemães chamam de *Bedarfsverwaltung*, a gestão das necessidades cotidianas da Administração Pública. Tome-se como exemplo as

² “Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa”.

³ “Artigo 1º [...] 4 – À contratação pública são especialmente aplicáveis os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência”.

⁴ “Artigo 16º, 1 – Para a formação de contratos cujo objecto abranja prestações que estão ou sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, as entidades adjudicantes devem adoptar um dos seguintes tipos de procedimento: [...]”

atividades relativas à saúde pública: se compete ao Governo prestar serviços de saúde aos cidadãos, é certo que, para fazê-lo, precisa adquirir medicamentos e outros insumos. E mais do que isso: necessita de computadores, materiais de escritório, mesas, cadeiras, macas e uma infinidade de outros bens sem os quais a atividade-fim não pode ser prestada.

Essas contratações consumam-se num terreno curioso: instituições públicas que, no que diz respeito a sua atividade finalística, não se regem pela lógica do mercado, devem recorrer a empresas para contratar serviços que se orientam por essa mesma lógica. Além dessa consideração — que, sob o prisma meramente teórico, já torna interessante a investigação —, observe-se que se trata de ponto de extrema relevância prática, posto que, nos países desenvolvidos, a participação das compras públicas na economia nacional corresponde a algo entre 40% e 45% do total de gastos efetuados com a aquisição de bens e serviços do setor privado (KNIGHT et al., 2012a, p. 14). Não há por que imaginar que, nos países em desenvolvimento, o percentual destoe significativamente — e, se dele divergir, provavelmente será para mais, e não para menos (KNIGHT et al., 2012a). Posto isso, o impacto dessas compras na economia nacional — e, via de consequência, no desenvolvimento de um país — é significativo.

Pois bem: conforme apontado, a legislação é clara ao determinar que, na celebração desses negócios jurídicos, o Poder Público deverá tomar como parâmetro a livre concorrência. Cabe indagar o que significa isto: a livre concorrência no campo das contratações públicas.

7.3 O tratamento doutrinário e jurisprudencial da livre concorrência nas contratações públicas

Tentemos uma primeira aproximação, segundo a qual a livre concorrência é correspondente ao respeito à igualdade entre os

possíveis vendedores. Nesse contexto, as normas que impõem o respeito à competitividade destinam-se a assegurar que todos os potenciais contratantes sejam tratados de maneira equivalente, sem que sejam estabelecidas preferências ou discriminações arbitrárias ou injustificáveis à luz do bem ou serviço que se pretende adquirir. Só assim a concorrência será *livre*. É por esse caminho que segue, na literatura jurídica Brasileira, Bandeira de Mello (2001, p. 477-478), conforme se extrai da passagem transcrita a seguir e, notadamente, do trecho grifado:

O princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições e garantia. *É o que prevê o já referido art. 37, XXI, do Texto Constitucional. Aliás, o § 1º do art. 3º da Lei 8.666 proíbe que o ato convocatório do certame admita, preveja, inclua ou tolere cláusulas ou condições capazes de frustrar ou restringir o caráter competitivo do procedimento licitatório* e veda o estabelecimento de preferências ou distinções em razão da naturalidade, sede ou domicílio dos licitantes, bem como entre empresas Brasileiras ou estrangeiras, ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o objeto do contrato (grifos nossos).

Segundo esse entendimento, a vedação normativa às práticas que cerceiem a competitividade tem por fundamento garantir a igualdade entre os contendores no procedimento de contratação pública.

Também Odete Medauar (2001, p. 217) enxerga no chamado *princípio da livre concorrência* uma preocupação fundamental em garantir a isonomia entre os competidores:

Há competição, pressuposto da licitação, quando o universo dos possíveis licitantes não estiver previamente circunscrito, de sorte que dele não se exclua algum ou alguns licitantes potenciais. Por

isso, impõe-se que a competição de que ora se trata, pressuposto da licitação, seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração.

Novamente, *competição* é equiparada a *igualdade*. Parece ser esse o entendimento prevalecente na doutrina que se debruçou sobre o assunto, devendo-se mencionar, ainda, que essa concepção é abraçada por outros manuais de merecida reputação, como os de José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 236) e Marçal Justen Filho (2009, p. 376 e ss.) — este último sequer referindo-se à ideia de *competitividade*, discorrendo apenas sobre o que chama de *vantajosidade*.

Os tribunais superiores Brasileiros têm seguido essa mesma linha de compreensão. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, as discussões tomam como nuclear o princípio da igualdade — possivelmente porque a livre concorrência não foi consagrada como princípio das contratações públicas pela Constituição Federal — e dele derivam a norma da liberdade de competição: a concorrência livre constitui um matiz, um viés, uma consequência, da igualdade entre os competidores⁵. A preocupação central é com a isonomia entre os competidores. Como se verá na sequência, o raciocínio não é de todo equivocado, mas não resolve a questão: a liberdade de concorrência pode ser vista como uma consequência da igualdade entre os agentes econômicos, mas a isso não se resume, nem é esse o seu sentido principal.

Da mesma forma, no Superior Tribunal de Justiça, algumas decisões apreciam a vulneração ou não à *ampla competitividade* a partir de uma eventual limitação à participação de competidores⁶. Acaba-se, como no Supremo Tribunal Federal, por reconduzir a discussão ao

⁵ ADI 3583, Relator Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2008, divulgado no DJe em 13/03/2008; ADI 2716, Relator Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 29/11/2007, divulgado no DJe em 6/03/2008; ADI 3070, Relator Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 29/11/2007, divulgado no DJe em 18/12/2007.

⁶ REsp 1257886/PE, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 03/11/2011, divulgado no DJe em 11/11/2011.

tópico da possibilidade de *participação igualitária* entre todos os possíveis contendores. Novamente, o eixo da discussão gravita em torno da ideia de igualdade, sendo a livre concorrência uma das formas de garanti-la (diversamente do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, nos julgados antes mencionados, nesse caso a competição livre não é *consequência* da igualdade, mas seu *pressuposto*).

Outros julgados dessa corte mencionam, de passagem, que os princípios basilares da licitação são os da *igualdade* e da *seleção da proposta mais vantajosa*, não se referindo especificamente à ideia de competição ou concorrência⁷. A referência à igualdade e à escolha da melhor proposta é feita em conjunto, mas deixando subentendido que não se trata da mesma coisa. São *dois pilares distintos*, que devem existir concomitantemente, para que o procedimento atinja seu objetivo. Escrutínio mais cuidadoso dessas decisões indica, no entanto, que, embora inicialmente assinalem tratar-se de ideias distintas, não apreendem bem em que elas se diferenciam. O núcleo central é, ainda, a noção de igualdade: a linha de raciocínio usualmente desenvolvida nesses arestos converge em que a seleção da proposta mais vantajosa seja uma decorrência da igualdade entre os licitantes, e esta última é entendida como a abertura a todos os possíveis interessados em participarem do certame. Assim, é a seleção da proposta mais vantajosa *dentro de um universo restrito*: uma vez facultada a participação de todos os eventuais competidores (e nesse caso está garantida a igualdade) e fixado o rol daqueles que, efetivamente, habilitaram-se na disputa, é exclusivamente desse elenco que se extrai a proposta mais vantajosa. Primeiro, garante-se a igualdade; feito isso, automaticamente chega-se à seleção da melhor oferta. Há um condicionamento de relevância e de sucessividade temporal, sendo que a tutela da igualdade é mais importante e vem antes, e a escolha

⁷ AgRg na MC 18.046/SP, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 28/06/2011, divulgado no DJe em 2/08/2011; REsp 729.985/RJ, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 11/09/2007, divulgado no DJ em 11/10/2007; REsp 703.399/PA, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 24/10/2006, divulgado no DJ em 13/11/2006; REsp 545.471/PR, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 23/08/2005, divulgado no DJ em 19/09/2005.

da proposta mais benéfica para a Administração Pública é uma consequência natural daquela e vem depois dela.

Colocada nesses termos, a seleção da proposta mais vantajosa (e a garantia da livre concorrência, se entendermos que a seleção da proposta mais vantajosa é corolário da livre concorrência, ou que ambas estão de alguma forma ligadas) seria muito simples. Se dez competidores se habilitaram, é do âmbito estrito das dez propostas formuladas que se extrai a *mais vantajosa* (que, via de regra, é aquela que apresenta o valor mais baixo). Feito isso, entende a jurisprudência, está respeitada a diretriz que manda selecionar a melhor oferta, e basta. Todavia, como veremos a seguir, essa linha de entendimento não condiz com a ideia de livre concorrência ou competição que defendemos neste artigo. É certo que a norma que impõe a escolha da proposta mais vantajosa pode ser interpretada como consagração da competitividade no procedimento licitatório. Todavia, estaremos cometendo um equívoco se a preencheremos com a carga semântica que a doutrina jurídica e os tribunais Brasileiros lhe vem outorgando, no sentido de que é o resultado automático da seleção da melhor proposta dentro dos limites estritos dos participantes do procedimento (ou seja, uma vez garantida a participação igualitária inicial), sem nenhuma consideração outra.

Em Portugal é maior a quantidade de estudos específicos sobre a competição na contratação pública. Todavia, assim como no Brasil, persiste a ênfase na igualdade como garantia da ampla e livre concorrência e da seleção da proposta mais vantajosa. Nesse sentido, defende Raquel Sampaio (2013, p. 499) que,

No contexto da contratação pública, a igualdade assume uma importância particular revestida de um duplo papel: como objectivo da contratação pública (oportunidades iguais e tratamento igual para os fornecedores) e como meio de atingir outros objectivos da contratação pública como a adjudicação economicamente mais vantajosa, a eficiência ou a probidade.

Nuno Cunha Rodrigues (2013a, p. 183 e ss.) afasta-se dessa linha de pensamento, destacando a diferença entre concorrência e igualdade e caracterizando aquela, basicamente, como sinônimo de *competitividade*. Em sentido parecido caminham Marcelo Souza e André Matos (2009, p. 83), quando afirmam:

O princípio da concorrência determina que seja garantido o mais amplo acesso aos procedimentos por parte dos interessados em contratar, e que, em cada procedimento, seja consultado o maior número possível de interessados, no respeito pelo número mínimo que a lei imponha.

Ao que parece, a tônica não é mais a ideia de *igualdade*, mas de *ampla participação dos interessados*: a proteção à *livre concorrência* é vista como a garantia de que o maior número possível de interessados terá a possibilidade de participar da disputa. Em que pese isso, a igualdade permanece sendo o núcleo central do raciocínio, ainda que implícito. A garantia de *ampla participação* caracteriza-se pela vedação de restrições arbitrárias, ou seja, pela proibição de tratamento discriminatório injustificado. Essa constatação não pode ser feita sem recurso à ideia de igualdade.

Pois bem: aqueles que vêem na igualdade o princípio fundamental, do qual decorre a livre concorrência, sustentam que, uma vez garantida a participação ampla de todos os possíveis competidores (que entendem caracterizar a livre concorrência), a Administração Pública inelutavelmente obterá o negócio mais propício. Ou seja, atrela-se as duas finalidades da licitação, como se o atendimento de uma conduzi-se ao atendimento de outra: garantida a igualdade (ou melhor, a participação ampla e igualitária), automaticamente seleciona-se a proposta mais vantajosa. Ocorre que o raciocínio é equivocado, posto que, da mera abertura para a participação potencial de todos os interessados, não decorre, necessariamente, o melhor negócio para o Poder Público. Basta, por exemplo, que todos aqueles que acorrerem ao chamamento para contratar ofereçam (mesmo sem

estarem conluiados) preços bastante superiores aos que costumam praticar com outros clientes. A igualdade foi garantida, mas não se pode dizer que a Administração Pública tenha feito um bom negócio. Algo mais deve ser garantido, para que se assegure a *vantajosidade* do negócio para o Poder Público. Esse algo mais é, justamente, o núcleo da ideia de *competição*.

7.4 Alguns apontamentos da economia sobre a livre concorrência

É no acervo conceitual da Economia que a resposta deve ser buscada. Com efeito, o conceito de *competição* não nasceu no campo da Ciência Jurídica, nem ganhou nela grande elaboração — se é que ganhou alguma. A menção esparsa e superficial à livre concorrência, tanto pelos doutrinadores quanto pelos tribunais e legisladores, demonstra que eles não gravitam com segurança nessa área. Embora de importância fundamental, a questão não é enfrentada com consistência, e o que se tem são apenas aproximações inseguras que, ao final, acabam por reconduzir a noção *alienígena* a outro conceito, mais seguro e confortável para os juristas, conhecido e abusado por todos: o de *igualdade*, que conta com ampla elaboração na órbita do Direito.

Concorrência e igualdade não se confundem, no entanto, e isso — não bastassem os motivos expostos na sequência — por uma premissa básica de hermenêutica jurídica: as legislações Brasileira e portuguesa fazem referência aos dois princípios em separado. No Brasil, afirmando que a licitação se destina a garantir a igualdade e a seleção da proposta mais vantajosa, com menção também à competitividade; e, em Portugal, por meio da referência clara aos princípios da igualdade e da concorrência como coisas distintas. Feita a distinção pelo legislador, não se pode considerá-la vã.

E o que nos traz a Economia que permita elucidar a questão, estremando as diferenças e permitindo uma caracterização segura da livre concorrência?

Busquemos em Adam Smith uma aproximação à resposta. Stigler (1957, p. 1) indica que, na origem (na chamada *Escola Clássica da Economia*, a de Adam Smith), a expressão *competição* estava associada à ideia de rivalidade entre duas ou mais pessoas. Ainda segundo essa visão, “competição é um processo de responder a uma nova força e um método para se alcançar um novo equilíbrio”⁸ (STIGLER, 1957, p. 2). O cenário vislumbrado por Adam Smith é composto de fornecedores, de um lado, e consumidores, do outro. Firmada uma quantidade de fornecedores e outra de consumidores (a *lei da oferta e da procura*), atinge-se um patamar de preço: num mercado relativo ao produto X, existindo Y fornecedores e Z consumidores, o preço é A. Esse é o ponto de equilíbrio. Ocorre que se trata de uma relação de equilíbrio dinâmico. Alterada qualquer uma dessas variáveis, o preço também muda. Por exemplo, com o ingresso de novos fornecedores, acirram-se as condições de disputa e há uma tendência para que o preço diminua. Surge uma nova força e, a partir dela, atinge-se novo equilíbrio. O mesmo se opera em sentido inverso: retirando-se um ou alguns fornecedores, altera-se a proporção entre *oferta* e *procura* e cria-se condições favoráveis para a alteração do preço, desdobramento natural do mecanicismo do pensamento smithiano (ARAÚJO, 2011, p. 744 e ss.). Nada tem a ver, portanto, com igualdade, mas sim com disputa (que se dá tanto entre iguais quanto entre desiguais).

Lembre-se que o pensador escocês tinha em vista as *relações de mercado*, ou seja, o comércio de bens e serviços na sociedade. Não estava tratando de compras públicas, ou de negócios celebrados pelo Poder Público, mas sim por particulares. É importante ter isso em vista, como advertência contra a simples transposição do conceito de *competição* de Smith para o campo das compras públicas. É o que

⁸ No original: “Competition is a process of responding to a new force and a method of reaching a new equilibrium”.

bem se percebe ao analisar os requisitos que indica como necessários para caracterizar a livre concorrência. Stigler considera ver em Adam Smith cinco condições para a competição:

1. Os rivais devem atuar independentemente, não em colusão.
2. O número de rivais, potencial assim como presente, deve ser suficiente para eliminar ganhos extraordinários.
3. As unidades econômicas devem possuir conhecimento tolerável das oportunidades de mercado.
4. Deve existir liberdade (de restrições sociais) para agir de acordo com esse conhecimento.
5. Tempo suficiente deve transcorrer para que os recursos fluam nas direções e quantidades desejadas por seus proprietários (STIGLER, 1957, p. 2)⁹.

Pois bem: ao menos duas dessas condições (as de número 2 e 5 — e, por que não, a de número 4) não ocorrem *nunca* nos procedimentos competitivos prévios à contratação pública. Mais do que isso, eles são intrinsecamente incompatíveis com essas condições. Em síntese, segundo a visão clássica ora exposta, a caracterização da competição (e dos benefícios que dela advém) demanda relações continuadas, por longo trato de tempo, entre um número expressivo de fornecedores, de um lado, e de adquirentes, de outro. Não é exatamente esse o cenário que se tem nas compras públicas: o número de adquirentes (órgãos do Poder Público) é limitado e facilmente quantificável — como o é, em muitos casos, o de fornecedores, notadamente com relação àqueles produtos específicos que têm como usuária exclusiva a Administração Pública, como, por exemplo, os artefatos militares. Além disso, as aquisições efetuadas encerram-se

⁹ No original: “In sum, then, Smith had five conditions of competition: 1. The rivals must act independently, not collusively. 2. The number of rivals, potential as well as present, must be sufficient to eliminate extraordinary gains. 3. The economic units must possess tolerable knowledge of the market opportunities. 4. There must be freedom (from social restraints) to act on this knowledge. 5. Sufficient time must elapse for resources to flow in the directions and quantities desired by their owners.”

em ciclos determinados (os procedimentos formais de compras) que configuram módulos isolados e, por isso, impedem a caracterização da necessária fluidez de recursos decorrente de uma série contínua de transações. Em vista disso, a concepção smithiana somente é aproveitável, no campo das compras públicas, com reservas e adaptações.

Adam Smith ilustra o *pensamento clássico* na Economia. A Escola Neoclássica que o sucedeu também não trouxe contribuição que represente significativo avanço para nosso tema. Veja-se, nesse ponto, os requisitos enunciados por Francis Edgeworth, representante da Escola Neoclássica, como caracterizadores da competição: “Mais especificamente, competição requer (1) números indefinidamente largos de participantes em ambos os lados do mercado; (2) completa ausência de limitações sobre o comportamento individual autointeressado; (3) completa divisibilidade das ‘commodities’ transacionadas” (STIGLER, 1957, p. 7)¹⁰. Nenhum desses três requisitos é verificado nos procedimentos de seleção dos contratantes com a Administração Pública.

Os requisitos apontados, extraídos de Adam Smith e de Edgeworth buscam construir um *conceito positivo* de livre concorrência, enunciando os elementos necessários para a configuração da *perfeita competição*. Visa-se a construir uma *situação ideal*, a servir de parâmetro para verificar: (a) se existe competição no caso concreto; e (b) o quanto *perfeita* é essa competição, ou seja, o quanto ela se aproxima da situação *ideal*.

Um ponto salientado por todos que tratam da situação de *perfeita competição* não pode ser negligenciado: a *informação perfeita ou completa*. Somente há competição perfeita se um dos concorrentes tem conhecimento suficiente do preço que seus competidores irão cobrar ou oferecer. Assim, o concorrente tem condições de não vender por menos do que o valor de mercado, ou não comprar por mais do que esse valor. Ocorre que essa situação é liminarmente (e

¹⁰ No original: “More specifically, competition requires (1) indefinitely large numbers of participants on both sides of the market; (2) complete absence of limitations upon individual self-seeking behavior; and (3) complete divisibility of the commodities traded”.

por princípio) excluída na competição prévia à contratação pública. Ao contrário disso, cada competidor *não pode* saber o valor que o outro vai oferecer. Isso somente deixa de ocorrer nos procedimentos abertos, como os *pregões* e os *leilões*. Nesse caso, instaura-se uma situação mais próxima à ideal. Além disso, outro aspecto deve ser considerado: a própria estrutura dos contratos administrativos traz impedimentos para uma previsibilidade dessa natureza (para uma informação adequada). Pense-se, por exemplo, na possibilidade de aditamento do contrato por um prazo maior. Isso interfere no cálculo do valor da proposta: o contratante não sabe, ao formular sua proposta, se somente será contratado pelo prazo previsto no edital ou por um prazo maior. E as possibilidades de alteração unilateral pela Administração? Nesse caso, também, existe uma situação de influência que afasta a certeza, prejudicando o fluxo informacional — e nem se diga que as cláusulas de equilíbrio econômico-financeiro corrigem isso; elas *pretendem corrigir*, mas não têm condições de fazê-lo por completo. Aliás, ou pecam por deficiência, por não conseguir corrigir a incerteza, ou por excesso, porque geram uma situação de certeza tão grande que acabam retirando qualquer álea do contrato por parte do contratado — isso porque o contratante está coberto com relação a qualquer situação, se dermos uma interpretação *generosa* às teorias Fato do Príncipe, Fato da Administração e Força Maior.

No que diz respeito à perfeita mobilidade dos objetos transacionados (sejam eles bens ou serviços), ela pode ser interpretada como a possibilidade de alocar ou direcionar o esforço produtivo (ou lucrativo) para qualquer destino que se revele mais interessante. Sob esse prisma, na contratação pública há essa mobilidade, em muitos casos. O vendedor de alimentos pode escolher se é melhor dedicar seus esforços para vender ao Poder Público (e participar do procedimento prévio para tanto) ou para a iniciativa privada. Todavia, em primeiro lugar, nem sempre é assim: existem bens que só podem ser produzidos para serem vendidos para o Poder Público (pense-se, além do produtor de artefatos militares, mencionado anteriormente, no fabricante de metrô). Em segundo lugar, note-se que a eleição

da destinação dos bens não é assim tão livre (e, em alguns casos, o é muito pouco). Isso porque essa perfeita mobilidade tem a si atrelada a presunção de que o adquirente não pode, sozinho, causar um grande desequilíbrio. Vender para ele ou para outro é uma escolha do vendedor. Mas, no caso do Poder Público, isso não acontece; ele é um *buyer* muito importante, e a eventual retirada dele do mercado, ou a restrição que ele imponha a um ou alguns fornecedores, causa um sério impacto no mercado e, é claro, no preço.

Disso se extrai que as concepções referidas não produzem frutos relevantes no campo das compras públicas, cujas peculiaridades o tornam especialmente infenso às condições necessárias para a caracterização da *concorrência perfeita* (RODRIGUES, 2013b, p. 53). É preciso, portanto, avançarmos para outras contribuições no âmbito da Ciência Econômica, as quais apresentem resultados mais relevantes para o assunto ora examinado.

Começemos pela *concepção negativa* de competição, construída por George Stigler (1957). Ao contrário de elaborar uma noção positiva, como a desenvolvida pelos economistas antes referidos (que visam identificar os elementos da situação ideal de *perfeita competição*), o economista americano estrutura sua concepção pela negativa, ou seja, por aquilo que *não caracteriza a competição* e que, por isso, quanto menos presente numa situação real, mais próxima essa situação estará da ideia de competição. A estruturação de uma *teoria negativa* decorre da suposição de que não é possível formular uma *teoria positiva* completa e acabada da concorrência. Qualquer construção teórica nesse sentido logo se tornaria obsoleta.

Stigler assinalava, em 1957, que o surgimento de novos problemas para a competição, anteriormente não contemplados, é uma realidade inevitável, a qual sempre exigirá novas reformulações, de forma que a teoria da competição sempre será aberta (*open-ended*). Por isso, o economista fica numa definição bastante singela, calcada no *mínimo denominador comum* que qualquer concepção de concorrência, em qualquer tempo, deve conter: define ele a competição como *ausência de poder de monopólio no mercado*. Sendo o

monopólio caracterizado por uma posição dominante no mercado, a *competição livre* seria seu oposto: nenhum dos agentes econômicos tem tal prevalência ou poder que os permita manobrar as disputas e impor-se aos demais concorrentes.

Essa posição de domínio (o poder de monopólio) pode ser tomada tanto em sentido estrito (monopólio com prevalência de um único agente econômico) ou amplo (incluindo o oligopólio, caracterizado pelo acerto de interesses entre alguns agentes econômicos, com o propósito de impor-se aos demais contendores).

Segundo Stigler (1957), o que as leis pretendem quando estipulam a livre concorrência é que sejam criadas condições para garantir o melhor preço, e uma delas é evitar-se a colusão e, em última instância, o abuso de uma posição de domínio. É certo que, além das barreiras *legais*, existem *restrições naturais* ao abuso de posição dominante no mercado. Nesse sentido, o autor aponta duas barreiras à colusão comumente referidas na literatura econômica, ambas relacionadas à deficiência informacional. A primeira delas diz respeito à incerteza sobre qual será o impacto que eventual rivalidade, ou seja, competição, causaria no mercado, bem como sobre qual estratégia maximizaria os lucros. Em outras palavras, determinadas situações de mercado não permitem que os participantes possam estimar com segurança os impactos que a colusão ou a competição teriam no mercado como um todo, de forma a se saber qual é a mais favorável, nem qual política deve ser adotada para tirar o máximo de proveito da colusão. Tem-se, assim, uma situação desfavorável à formação de monopólios ou oligopólios e, por conseguinte, propícia à competição. A segunda barreira se refere à incerteza sobre como será efetuada a divisão do produto da colusão, ou seja, que fração caberá a cada parte que participou do conluio (STIGLER, 1957, p. 13-14). Novamente, determinados contextos fáticos são mais propícios a essa barreira informacional e, via de consequência, favoráveis à competição. Note-se, contudo, que o *micromercado* das compras públicas é intrinsecamente desfavorável a essas barreiras à colusão. Em primeiro lugar, porque não é difícil aos competidores calcularem, naquele universo restrito, qual

o lucro advindo do concerto de condutas; em segundo, porque, por esse mesmo motivo, não encontram grande dificuldade em ajustar previamente qual a fração de benefício (de *captura de rendas*) que caberá a cada participante do conluio.

Retornemos, todavia, à linha da exposição. Em síntese, para que exista *competição*, é necessário impedir que por meio de ação isolada ou concertada algum ou alguns agentes econômicos preveleçam-se de posição dominante para obterem benefícios maiores do que obteriam se não detivessem esse domínio. Daí a definição *negativa*: a garantia da *livre concorrência* é uma garantia *contra* práticas anticompetitivas, caracterizadas pelo poder de monopólio entendido em sentido amplo. Em sentido similar, na doutrina jurídica Brasileira, Eros Roberto Grau (2006, p. 91 e ss.) sustenta que o reconhecimento jurídico da livre concorrência não se configura por meio da simples garantia de igualdade entre os agentes de mercado, mas com o reconhecimento do poder de mercado e, a partir daí, com a tentativa de contê-lo para evitar abusos — em síntese, com a regulação jurídica destinada a conter os abusos do poder de mercado.

Começamos a nos aproximar de uma conceituação capaz de produzir frutos mais interessantes no campo das contratações públicas. Avançando mais, é proveitoso o recurso à lição de outro economista, laureado com o prêmio Nobel: o austríaco Ludwig Von Mises.

Para Von Mises (2007, p. 276), o que caracteriza a prática anticompetitiva não é apenas a existência de um *monopólio*, mas sim a cobrança de um *preço de monopólio*. Mas começemos com o que diz esse economista sobre competição: “Ela significa a oportunidade de servir os consumidores de maneira melhor e mais barata sem ser restringido por privilégios concedidos àqueles cujos interesses estabelecidos a inovação prejudica”¹¹.

Portanto, em sentido idêntico ao já assentado, o *monopólio* consiste na instituição de privilégios que permitam o exercício de uma posição de domínio. Mas não é só isso: para Von Mises, a livre

¹¹ No original: “It means the opportunity to serve the consumers in a better or cheaper way without being restrained by privileges granted to those whose vested interests the innovation hurts”.

concorrência não é descaracterizada apenas pela existência desses privilégios, mas também — e principalmente — porque, por causa deles, *os consumidores são servidos de maneira pior ou mais cara*. O que releva observar, segundo o pensador austríaco, a cobrança do que chama de *preço de monopólio*. O cerceamento da competição é objetivamente constatado por meio da cobrança de um preço de monopólio:

Se as condições são tais que o monopolista pode assegurar rendimentos líquidos mais elevados através da venda de uma menor quantidade de seu produto a um preço mais alto do que vendendo uma quantidade maior do seu estoque por um preço menor, emerge um preço de monopólio maior do que seria o potencial preço de mercado na ausência do monopólio. Preços de monopólio são um importante fenômeno de mercado, ao passo que o monopólio enquanto tal é importante apenas se ele puder resultar na formação de preços de monopólio (VON MISES, 2007, p. 277-278).¹²

Portanto, sempre que for cobrado preço mais alto do que o que seria cobrado numa situação normal de mercado, tem-se um *preço de monopólio*, resultado da restrição à competição. É por isso, aliás, que se formam os monopólios e oligopólios: para obter um ganho maior do que aquele que seria obtido em condições normais de mercado. Há uma captura de rendas (*rent seeking*) em desfavor da sociedade, que se vê obrigada a pagar por algo um valor superior ao que deveria custar. A prática anticompetitiva faz com que se cobre um preço excessivo, sendo que a diferença entre o preço *normal* e o preço de monopólio é apropriada pelo monopólio ou cartel, em detrimento da coletividade. E a recíproca é verdadeira: a prática

¹² No original: “If conditions are such that the monopolist can secure higher net proceeds by selling a smaller quantity of his product at a higher price than by selling a greater quantity of his supply at a lower price, there emerges a monopoly price higher than the potential market price would have been in the absence of monopoly. Monopoly prices are an important market phenomenon, while monopoly as such is only important if it can result in the formation of monopoly prices”.

competitiva consiste na situação de disputa de mercado na qual há competição *relativamente ao preço*. Nessa disputa, há uma tendência à redução do preço ou à melhoria da qualidade do produto, em benefício da sociedade. Persiste a definição pela negativa, nos moldes de Stigler, mas não para considerar como *livre concorrência* a ausência de monopólio, e sim a ausência da cobrança de um *preço de monopólio*. Em síntese, o que se assegura com *a competição* é que não seja cobrado um preço de monopólio.

Essa afirmação decorre do fato de que pode existir um monopólio ou cartel e não ser cobrado preço de monopólio, e sim o mesmo preço que seria cobrado em condições normais de mercado. Também nesse caso a recíproca é verdadeira: podemos ter a cobrança de um preço artificialmente mais alto do que teríamos numa situação ideal, ou mais próxima da ideal, sem que para isso exista um monopólio ou cartel. Pois bem: o que interessa, portanto, é o *preço de monopólio*. Quando se estabelece a livre concorrência como princípio da contratação pública, o que a lei quer dizer é que é um princípio da contratação pública que essa ocorra sem que o Estado seja artificialmente onerado ao ter que pagar um preço *superfaturado*.

Percebe-se, nessa conformidade, por que a noção de *livre concorrência* ou *competição* não equivale, ou mesmo se assemelha, às de *igualdade e ampla participação*. Isso pelo fato de que o simples *tratamento igualitário* de todos os competidores por parte da Administração Pública não impede que eles fixem preços superiores àqueles que normalmente praticam no mercado. Da mesma forma, a *ampla participação* não é idêntica nem conduz à *livre concorrência*, haja vista que, ainda que seja franqueada de forma irrestrita a todos os agentes econômicos a possibilidade de participarem de procedimentos seletivos para vender bens ou serviços ao Poder Público, podem existir condições favoráveis à formação de monopólios ou oligopólios. Esses, valendo-se da posição de superioridade, tanto podem constranger outros interessados a não participarem do certame quanto podem formular propostas de preços mais elevadas do que as

normalmente praticadas. Essa é, como apontado, a exata finalidade dos monopólios e cartéis, visto que não se justificariam os custos da ação colusiva se deles não se pudesse obter ganhos extraordinários, não obtíveis na normalidade do mercado.

7.5 A livre concorrência como vedação de práticas anticompetitivas decorrentes da cobrança de um preço de monopólio

Conclui-se, portanto, que se quer garantir, com a previsão normativa da *competição* como uma das diretrizes da contratação pública, a não cobrança de um preço superior ao usualmente praticado no mercado. Dessa forma, ao mencionarem a *igualdade* e a *concorrência*, as legislações portuguesa e Brasileira têm o intuito de balizar os procedimentos de contratações públicas, tanto pela preocupação em zelar pela não criação de condições arbitrárias para excluir potenciais interessados em participar dos certames, quanto pelo cuidado em que a Administração Pública não pague, pelos bens ou serviços, preço mais caro do que o praticado em condições normais de mercado.

Esse raciocínio, que parece intuitivo, conduz a outra conclusão: para assegurar esse propósito, deve a legislação conter previsões que vedem a cobrança de preços injustificadamente elevados. Trata-se da forma mais simples de zelar pela *livre concorrência*, proibindo aquilo que a descaracteriza: a cobrança de um *preço de monopólio*.

Esse aspecto é enfrentado, embora não de maneira clara e direta, nos ordenamentos jurídicos Brasileiro e português. Cabe referir, em Portugal, ao art. 70, 1 e 2, letra “g”, segundo o qual, num procedimento de contratação pública, devem ser rejeitadas as propostas que contenham indícios de atos ou práticas capazes de falsear as regras da concorrência. Embora não refira expressamente, é possível interpretá-lo de forma a abarcar a isolada cobrança de *preço de monopólio* como um indicativo de falseamento da concorrência, sem que seja

necessário demonstrar como se deu o ajuste espúrio que levou a esse preço. Por sua vez, o marco normativo Brasileiro na área das contratações públicas — a Lei de Licitações e Contratos Administrativos — faz uma referência ao tema quando trata do *registro de preços*, estabelecendo, no art. 15, §6º, que qualquer cidadão é parte legítima para impugnar o quadro geral de preços, quando neste constem valores superiores aos praticados no mercado¹³. Existe, além disso, menção às práticas anticompetitivas entre seus dispositivos penais, notadamente no art. 90, citado anteriormente, nos termos do qual é crime frustrar o caráter competitivo do procedimento licitatório mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente. Ampliando-se o exame para o restante da legislação Brasileira, encontra-se menção ao tema na Lei Federal n. 8.429/92, que objetiva combater os chamados *atos de improbidade administrativa*. O art. 10, V, da referida lei considera ato de improbidade administrativa qualquer conduta que permita ou favoreça a aquisição de bem ou serviço por preço superior ao de mercado¹⁴.

Percebe-se que as legislações buscam proteger a *livre concorrência* de duas formas distintas: (a) reprimindo as condutas colusivas que possam originar práticas anticompetitivas, e (b) reprimindo diretamente a cobrança de preços abusivos, não exigindo que se demonstre pormenorizadamente como se deu a colusão. Esse ponto é de sobeja importância, visto que a essência da prática anticompetitiva é, justamente, a cobrança do preço de monopólio. Assim, a segunda opção é melhor, posto que é mais adequado coibir diretamente esse indicativo de cunho objetivo do que se exigir a prova pormenorizada de como operou o monopólio ou cartel

¹³ “Art. 15. [...] § 6º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar preço constante do quadro geral em razão de incompatibilidade desse com o preço vigente no mercado”.

¹⁴ “Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...] V – permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado”.

— prova essa que é, em geral, de difícil obtenção. Examinando o marco normativo norte-americano antitruste (Sherman Act), Richard Posner (2011, p. 372) formula considerações de todo aplicáveis ao ponto ora tratado:

Na execução do *Sherman Act* contra cartéis e conspirações, a ênfase foi depositada em provar o acordo para ajustar preços — uma questão legal — ao invés de provar os efeitos da conduta dos vendedores no preço ou resultado — a questão econômica. Uma consequência não intencional é que a maioria dos cartéis cuja descoberta e persecução é mais provável são aqueles em que os efeitos de preço e resultado são pequenos. Eles são os cartéis com muitos membros, por isso há uma chance maior de que um deles fique insatisfeito e informe acerca dos outros; que dependem de negociação e acordo explícitos e reiterados, o que fornece uma prova essencial da violação; que estão propensos a serem minados por trapaças e entrarem em colapso brevemente em meio à recriminação mútua — circunstâncias que criam oportunidades para que o governo ou executores privados obtenham testemunhas voluntárias para oferecerem provas do acordo. O cartel de funcionamento mais eficiente é menos sujeito a gerar provas do acordo existente.¹⁵

A ênfase deve ser, portanto, no aspecto *econômico*: tanto mais eficaz será a legislação em garantir a livre concorrência quanto maior for a possibilidade de rejeição da proposta ou de invalidação

¹⁵ No original: “In the enforcement of the Sherman Act against cartels and conspiracies, emphasis has been placed on proving an agreement to fix prices — a legal issue — rather than on proving the effects of the sellers’ conduct on price and output — the economic issue. An unintended consequence is that the cartels most likely to be discovered and prosecuted are those in which the price and output effects are small. They are the cartels with many members, so there is a better chance that one will become disgruntled and inform on the others; that depend on explicit and reiterated negotiation and agreement, which provide the essential evidence of violation; and that are likely to be riddled with cheating and collapse shortly amidst mutual recrimination — circumstances that create opportunities for the government or private enforcers to obtain willing witnesses to offer evidence of agreement. The smoothly functioning cartel is less likely to generate evidence of actual agreement”.

do contrato público (e punição dos envolvidos) exclusivamente em face da cobrança de um preço de monopólio. O que se pretende é evitar práticas anticompetitivas, porque elas podem produzir uma elevação artificial no preço. E isso somente pode ser constatado por meio da comparação entre os preços cobrados no *microcosmo* do procedimento prévio à contratação pública e aqueles cobrados no *macrocosmo* do mercado. Nesse ponto, a legislação alemã foi mais feliz. A Lei Contra as Restrições à Concorrência (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) prevê, em seu § 19, (2), 2, que a cobrança de preço diferente daquele que seria *provavelmente* cobrado numa situação de livre competição configura, *de per si*, violação à livre concorrência, sem necessidade de se demonstrar *como* se deu o ajuste ou a fixação do preço de monopólio¹⁶. O parâmetro de comparação, aqui, é o preço que *outros agentes econômicos* costumam cobrar em negócios similares. A alínea seguinte da *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (§ 19, (2), 3) também merece atenção, ao dispor que pode configurar um abuso de posição de vantagem no mercado a cobrança de preço diverso daquele que o concorrente costuma cobrar¹⁷. Nesse caso, é determinante a comparação com os preços que o *mesmo contendor* costuma cobrar em outros mercados. Em ambos os casos, a lei coíbe o *preço de monopólio* e não se preocupa em exigir a comprovação de como se deu o ajuste ou a combinação do preço.

¹⁶ No original: “§ 19. [...] (2) [...] 2. Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden; hierbei sind insbesondere die Verhaltensweisen von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb zu berücksichtigen”.

¹⁷ No original: “§ 19. [...] (2) [...] 3. Ungünstigere Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, als sie das marktbeherrschende Unternehmen selbst auf vergleichbaren Märkten von gleichartigen Abnehmern fordert, es sei denn, dass der Unterschied sachlich gerechtfertigt ist”.

7.6 Conclusão

O recurso a conceitos advindos da Economia permite preencher uma lacuna relevante no campo das contratações públicas, relativa à concepção de *livre concorrência*. Embora contemplada por via legislativa tanto no Brasil quanto em Portugal, a proibição de práticas anticompetitivas não se transformou em *law in action*, principalmente pela falta de esforço doutrinário e pela superficialidade do tratamento pretoriano. A doutrina e a jurisprudência limitam-se, em breves pinceladas, a equivaler a ideia de *competição* às noções de *igualdade e ampla participação*.

O que a Economia nos traz, e que deve ser incorporado pela Ciência Jurídica, é que a proteção à *concorrência* centra-se na proibição da cobrança de *preços de monopólio*, caracterizados como *preços artificialmente elevados* por meio do abuso de uma posição de domínio ou de uma situação de colusão, permitindo apropriação dos ganhos extraordinários pelo monopólio ou oligopólio — ou mesmo a simples cobrança de *preço de monopólio*, ainda que, na prática, existam dúvidas acerca da efetiva existência de um monopólio ou cartel. Embora possa ser aperfeiçoado, o produto legislativo atualmente existente nos ordenamentos jurídicos examinados permite que se extraiam essas consequências práticas, que em muito contribuiriam para a preservação do patrimônio público.

Por outro lado, além do aperfeiçoamento legislativo, é imperioso que os órgãos de controle — e aqui nos referimos precipuamente aos Tribunais de Contas existentes no Brasil e em Portugal — aprimorem seus sistemas de acompanhamento de preços. De fato, uma vez que o aspecto determinante para a detecção de eventual prática anticompetitiva é a cobrança de *preço de monopólio*, essa conclusão somente pode ser obtida se existir base comparativa. Isso é feito por meio de um abrangente catálogo dos preços praticados não apenas em outras contratações públicas, mas no mercado considerado em sentido amplo. Em vista disso, o efetivo combate à prática de preços de monopólio depende da

resolução de um problema informacional, consistente na atual falta de uma satisfatória base comparativa de preços.

O problema do monitoramento das práticas anticompetitivas na contratação pública é um problema informacional (STIGLER, 1964, p. 44), que deve ser resolvido tanto sob o ponto de vista legislativo, com a indicação clara de que a simples *prática de preços artificialmente elevados* caracteriza violação à concorrência, quanto sob o prisma dos órgãos de controle, com o aprimoramento das bases de dados acerca dos preços de bens e serviços contratados pela Administração Pública.

Referências

ARAÚJO, F. A. S. *O conceito mecanicista de liberdade*. Coimbra: Almedina, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARVALHO FILHO, J. dos S. *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ESTORNINHO, M. J. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de Direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 2009.

GONÇALVES, P. C. (Org.). *Estudos de contratação pública*. v. 4. Coimbra: Almedina, 2013.

GRAU, E. R. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

JUSTEN FILHO, M. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KNIGHT, L. et. al. Public procurement: an introduction. In: KNIGHT, L. C. et al. (Ed.). *Public procurement: international cases and commentary*. London: Routledge, 2012a.

KNIGHT, L. et al. (Ed.). *Public procurement: international cases and commentary*. London: Routledge, 2012b.

MEDAUAR, O. *Direito Administrativo moderno*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Sistema de ciência positiva do Direito*. v. 1. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2005.

POSNER, R. A. *Economic analysis of law*. 8. ed. New York: Aspen Publishers, 2011.

RODRIGUES, N. C. *A contratação pública como instrumento de política econômica*. Coimbra: Almedina, 2013a.

RODRIGUES, N. C. A nulidade de contratos públicos à luz do Direito da Concorrência. In: GONÇALVES, P. C. (Org.). *Estudos de contratação pública IV*. Coimbra: Coimbra Ed., 2013b. p. 181-230.

SAMPAIO, R. Distorções da concorrência na participação em procedimentos de contratação pública. In: GONÇALVES, P. C. (Org.). *Estudos de contratação pública IV*. Coimbra: Coimbra Ed., 2013. p. 487-536.

SOUZA, M. R. de; MATOS, A. S. de. *Contratos públicos: Direito Administrativo geral*. Tomo III. 2. ed. Alfragide: Dom Quixote, 2009.

STIGLER, G. J. Perfect competition, historically contemplated. *Journal of Political Economy*, n. 65, v. 1, p. 1-17, 1957.

STIGLER, G. J. A theory of oligopoly. *The Journal of Political Economy*, n. 72, v. 1, p. 44-61, 1964.

VON MISES, L. *Human action: a treatise on Economics*. v. 1. Indianapolis: Liberty Fund, 2007.

MODELOS ALTERNATIVOS DE PROVISÃO NUM CONTEXTO DE CRISE E DE REDUÇÃO DO “ESPAÇO ORÇAMENTAL”: EM PARTICULAR, O CASO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Nazaré da Costa Cabral

8.1 Introdução: Conceito e elementos caracterizadores das parcerias público-privadas (PPP)

Recordamos, a título introdutório, o conceito de parcerias público-privadas (PPP). Para tal, buscamos a definição que nos é dada pela Comissão Europeia (EUROPEAN COMMISSION, 2009, p. 2):

As PPP são formas de cooperação entre as entidades públicas e o sector privado que visam modernizar a realização de infraestruturas e a provisão de serviços públicos estratégicos. Em certos casos, as PPP envolvem o financiamento, desenho, construção, renovação e manutenção dos ativos; noutros casos, elas implicam a provisão de serviços tradicionalmente assegurados diretamente pelas instituições públicas.

A partir desta definição, podemos retirar aqueles que nos parecem ser os elementos caracterizadores essenciais das PPP¹:

- I. Trata-se de contratos de longo prazo.
- II. Estão associadas a construção, manutenção e gestão de infraestruturas públicas.
- III. Do ponto de vista da sua forma jurídica, tanto podem assumir “roupagens novas”, como sucede no modelo da *private finance initiative* (PFI) britânico, quanto “roupagens” tradicionais, como acontece no modelo concessivo continental (aquele que, de resto, tem sido fundamentalmente seguido em Portugal);
- IV. Assumem também expressões inovadoras de contratação, alternativas ao modelo de contratação pública tradicional, que são o resultado da grande complexidade que geralmente envolve a celebração de uma PPP. Isto, a vários níveis: primeiro, porque a cada PPP subjazem, geralmente, vários contratos (de empreitadas, de prestação de serviços, de concessão, de financiamento, de seguro, laborais etc.); segundo, por envolverem esquemas de financiamento complexos, fortemente alavancados, destacando-se o recurso ao *project finance* (esta complexidade é tanto maior quanto mais elevados forem os montantes envolvidos); terceiro, por envolverem procedimentos de contratação novos, alternativos aos procedimentos convencionais (concurso, ajuste direto etc.). Destes novos procedimentos, evidencia-se o diálogo concorrencial.

¹ Para mais desenvolvimentos em torno do conceito e de elementos das PPP, veja-se meu estudo anterior: “Parcerias público-privadas” (CABRAL, 2009).

- V. Por fim, as PPP são de incidência transversal, podendo ter lugar em diversos sectores, entre outros:
- a) transportes, redes viárias e ferroviárias;
 - b) saúde;
 - c) educação;
 - d) justiça (prisões);
 - e) sistemas de segurança;
 - f) distribuição de água;
 - g) tratamento de águas e de resíduos.

8.2 Vantagens e desvantagens do recurso às PPP

8.2.1 As vantagens: a criação de espaço orçamental

O conceito de *espaço orçamental* surge no princípio do século XXI e começa por ser usado no quadro das políticas de assistência financeira, levadas a cabo pelo FMI e especialmente no quadro da ajuda externa (por parte de organizações governamentais e não governamentais) a países em desenvolvimento. Progressivamente, ele tem sido aplicado à generalidade dos países, mesmo desenvolvidos, e assume especial relevância, por exemplo, no quadro das políticas de assistência financeira aos países europeus afetados pelo problema da dívida soberana.

Esta ideia de “espaço orçamental” ficou a dever-se sobretudo a Heller (2005, p. 3), para quem ela deve significar a existência de uma “folga” orçamental que permita afetar recursos a um determinado fim, sem prejudicar a sustentabilidade da posição orçamental do Estado. Existem diferentes formas de alcançar essa folga orçamental. O FMI identificou algumas das formas principais: I) reformas fiscais, designadamente nos países com taxas de tributação baixas e que possam assim aumentar as receitas fiscais, mormente através do alargamento da base tributária; II) repriorização e reorientação da despesa pública, que impliquem cortes, sobretudo na despesa corrente improdutiva; III) política

de financiamento através de empréstimos ou subvenções que seja consistente com a preservação da sustentabilidade da posição orçamental — aspetos como a taxa de juro do financiamento, a taxa de retorno do investimento, a maturidade etc. não devem ser negligenciados pelo país que se financia; iv) a criação de “espaço orçamental” envolve ainda a definição de políticas macroeconômicas consistentes e “saudáveis”.

Ora, como referem Budina et al. (2007), as PPP, num contexto de restrição orçamental dos Estados, podem ser consideradas um instrumento habilitado de criação de espaço orçamental, na medida em que podem contribuir para ganhos líquidos na situação financeira do Estado, mormente para efeitos de redução do défice orçamental e da dívida pública. Isto, pelas seguintes razões:

- 1) Para os países que sejam limitados por critérios orçamentais, as PPP podem permitir que o Estado realize mais investimento do que faria de outro modo.
- 2) As PPP em que o Estado seja adquirente dos serviços, ao abrigo de um contrato de longo prazo, podem também implicar ganhos líquidos na situação financeira dos Estados, confirmada a redução do custo total (*whole-life*) de provisão do serviço. Isto sucederá porquanto as empresas privadas têm, em princípio, melhores condições para construir infraestruturas e para garantir a sua manutenção com ganhos acrescidos de eficácia e eficiência. Isto sucederá porquanto as empresas privadas têm, em princípio, melhores condições para construir infraestruturas em tempo e dentro do orçamento e para garantir a sua manutenção com ganhos acrescidos de eficácia e eficiência. Isto constitui um argumento favorável à afetação dos riscos de *performance* às empresas privadas, o que sucede claramente numa PPP.

8.2.2 Desvantagens, riscos e custos

Em que pese as vantagens antes identificadas, as PPP não são isentas de riscos, de custos e de desvantagens. Dos que mais

abundantemente são identificados na literatura de referência, evidenciamos os seguintes:

- I. riscos associados ao *value for money* (perdas para os contribuintes);
- II. custos de financiamento acrescidos (que a crise recente agudizou): *credit default risk*;
- III. riscos associados à renegociação dos contratos; cláusulas leoninas em desfavor da parte pública.

Repare-se, por outro lado, que nem sempre a percepção, designadamente por parte da opinião pública, que se tem sobre os custos e as desvantagens das PPP coincide com aqueles que são, efetivamente, esses custos e essas desvantagens (ou seja, barreiras efetivas no recurso às PPP). O quadro seguinte ilustra essas diferenças:

Quadro 1 – Percepção dos riscos e das barreiras efetivas no recurso às PPP

PERCEPÇÃO DE RISCOS	BARREIRAS EFETIVAS À CONTRATAÇÃO DE PPP
	Elevados custos de transação.
Falta de transparência no processo negocial.	Falta de transparência no processo negocial.
Flexibilidade de longo prazo limitada e risco de desentendimento entre setores público e privado	Flexibilidade de longo prazo limitada e risco de desentendimento entre setores público e privado.
Perda de controlo democrático, o que aumenta as reações negativas do público perante o lucro.	Perda de controlo democrático, o que aumenta as reações negativas do público perante o lucro.
	A necessidade de certas capacidades (de gestão, de fiscalização e acompanhamento) por parte do setor público que nem sempre estão reunidas.
Falta de controlo de gestão por parte do setor público.	

Fonte: EPC, p.13.

Mau grado os riscos que o recurso às PPP envolve, a verdade é que existe uma verdadeira “tentação”, por parte dos Estados e governos, em utilizá-las. Ela deve-se, por um lado e em grande medida, ao facto de as PPP permitirem envolver capital em projetos de grande envergadura, sem que isso seja contabilizado como dívida pública. Por outro lado, o próprio enquadramento estatístico e contabilístico das PPP (no caso europeu, feito quer pela Eurostat, quer pelos organismos nacionais de estatística) favoreceu, em certo sentido, essa tentação. É isto que iremos concretizar no ponto seguinte.

8.3 Enquadramento contabilístico, estatístico e orçamental das PPP

Na União Europeia, o tratamento estatístico das receitas e das despesas e, bem assim, dos ativos e passivos das Administrações Públicas obedece ao SEC 95 (Sistema Europeu de Contas Nacionais e Regionais). Os critérios fundamentais de qualificação estão contemplados no Manual do SEC 95: Capítulo VI. (“Infraestruturas públicas financiadas por empresas”) e Capítulo VI.5 (“PPP”). O SEC usa um sistema de contabilidade de compromissos e impõe o reporte binário: os ativos devem ser classificados ou totalmente como ativos públicos, ou totalmente como ativos privados.

O critério fundamental para qualificar determinado ativo como público ou privado é o de saber se a maior parte do risco do projeto associado à PPP foi transferido do sector público para o parceiro privado. Se a resposta for afirmativa, o projeto será colocado fora da folha de balanço do Estado. Se a resposta for negativa, o projeto será colocado dentro da folha de balanço do Estado. Consequentemente, a classificação dos ativos obedece ao teste da transferência do risco (teste do risco e da recompensa).

Se a maior parte do risco do projeto (igual ou mais de 50%) for transferido do sector público para o sector privado, então o ativo é contabilizado fora do balanço do Estado; na situação contrária, ele é considerado dentro do balanço do Estado.

Nestes termos, para que um ativo de uma PPP seja colocado fora da folha de balanço do Estado, requer-se a transferência para o sector privado:

- I. do risco de construção;
- II. e do risco de execução ou funcionamento ou do risco de procura.

Concretizemos um pouco estas noções (CABRAL, 2009, p. 86-87). Os riscos de construção e de concepção, em geral suportados pelo parceiro privado (ainda que alguns realocados aos subcontratantes ou às seguradoras), integram, entre outros:

- I. aquisição de terrenos;
- II. licenças e alvarás;
- III. licenças ambientais;
- IV. achados arqueológicos;
- V. servidões e outros direitos constituídos;
- VI. expropriações e terrenos envolventes;
- VII. subcontratos (obras públicas, fornecimento de bens etc.);
- VIII. ajustes de preços;
- IX. riscos de construção;
- X. atrasos na execução da obra ou no fornecimento;
- XI. trabalhos a mais.

Por sua vez, os riscos de execução (*availability risk*) ou funcionamento (*performance risk*) relacionam-se genericamente com a disponibilidade do ativo e com a continuidade e qualidade da provisão do serviço. Considera-se que o Estado suporta estes riscos quando: i) o contrato não tem penalidades automáticas e

suficientes para os casos de má execução por parte do parceiro privado; ou ii) quando elas são sistematicamente não aplicadas.

O risco de procura está, em suma, relacionado sobretudo com a ocorrência de vicissitudes várias que podem afetar a procura do bem relativamente ao que estava inicialmente projetado.

A qualificação dos ativos como estando dentro ou fora do balanço do Estado tem, por fim, consequências no plano orçamental estrito, tal como a figura seguinte demonstra:

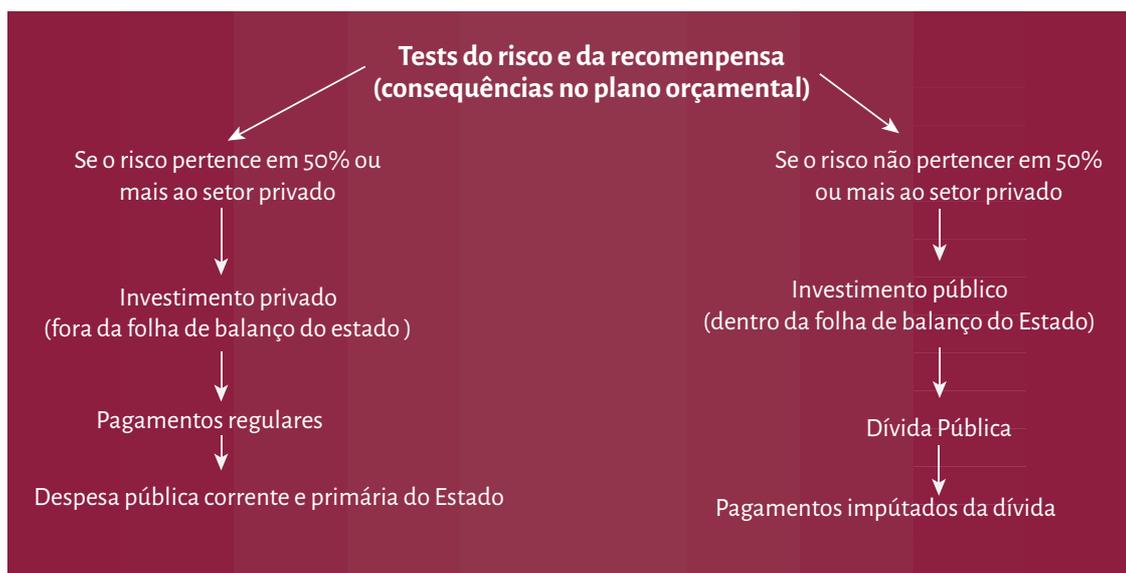


Figura 1: Teste do risco e da recompensa (consequências no plano orçamental)

Mas há casos dúbios ou de fronteira. Casos em que não é possível estimar exatamente quem suporta, naquelas partes, os riscos relevantes. Daí poder ser útil recorrer ao risco de valor residual (relativo ao preço futuro de mercado da infraestrutura) (EPC, 2010). Subjacente a esta outra perspectiva aparece o princípio da “prevalência da substância sobre a forma”: assim, não basta que uma PPP seja qualificada como privada (porque o ativo é eventualmente detido pelo parceiro privado), é necessário atender à propriedade económica (em detrimento da propriedade jurídica). Como facilmente se vê, existe neste plano uma aproximação em face do tratamento que é dado às locações (financeira e

operacional). Assim, a locação é qualificada de locação financeira, se ao locador ficar afeta uma pequena percentagem de riscos (se o valor líquido atual dos pagamentos efetuados cobrir a maior parte do valor ativo e se o termo da locação coincidir com a maior parte da vida útil do ativo e se, no final do contrato, o locatário puder adquirir a propriedade jurídica a um valor residual nominal), pelo que o locatário é claramente o proprietário económico do ativo. A locação financeira tem então um tratamento contabilístico próximo do dos empréstimos, pelo que o ativo será contabilizado na folha de balanço do locatário e registado como dívida pública. Diversamente, a locação é qualificada de locação operacional quando o locador, além de proprietário jurídico, for também proprietário económico. Então o ativo manter-se-á na sua folha de balanço. O investimento inicial não terá qualquer impacto no défice orçamental e não terá impacto (futuro) sobre a dívida pública. Os pagamentos regulares que o Estado faça sejam despesa corrente, mas não considerada “juros imputados à dívida contraída”.

Em causa está, na verdade, um critério alternativo ao teste do risco e da recompensa: trata-se do critério do controlo. Este diferencia-se do anterior, pois assenta em dois aspetos fundamentais:

- I. o controlo ou a regulação dos serviços que o parceiro privado deve assegurar;
- II. o controlo sobre o valor residual dos ativos da PPP, no fim da concessão.

Mas o enquadramento estatístico e contabilístico das PPP não se cinge apenas à qualificação dos ativos. Outras questões, com se assinala ainda em EPC (2010, p. 19 e ss.), são de igual modo relevantes. Em primeiro lugar, importa referir o tratamento contabilístico das garantias concedidas pelo Estado. Normalmente, estas não relevam quanto à classificação dos ativos, porque se tratam de responsabilidades contingentes que só têm expressão contabilística e orçamental quando sejam acionadas. Não obstante isto, a

Eurostat tem considerado que, quando as garantias cubram mais de 50% do risco do negócio, então isso deve implicar a classificação dos ativos como estando dentro da folha de balanço do Estado. Em segundo lugar, releva o tratamento das cláusulas de rescisão. Como é sabido, os contratos de PPP preveem a possibilidade de rescisão por parte do Estado ou do parceiro privado, sendo variadas as causas respetivas: incumprimento pelo parceiro privado ou público; alteração das circunstâncias; decisão voluntária por parte do Estado em terminar o contrato. Ora, a rescisão pode obrigar a compensações finais. Geralmente, após a rescisão, os ativos ficam nas mãos do Estado. Mas este aspeto não tem de ser o mais relevante. A natureza das compensações é mais importante. Assim, considera-se que, na sequência de incumprimento pelo parceiro privado, se o Estado tiver direito a uma compensação correspondente aos custos de capital ou custos operacionais dos ativos (e não o seu valor de mercado no final do contrato), então considera-se que o risco é deferido ao Estado. E isto pode inclusive levar à qualificação destas compensações como garantias.

8.4 A crise financeira de 2008-2009 e seu impacto sobre as PPP

O gráfico seguinte permite-nos verificar que, à escala global, a crise financeira iniciada em 2008-2009 teve um impacto assinalável, pela negativa, na contratualização de PPP, quer no que diz respeito ao número de negócios celebrados, quer quanto às fontes respetivas de financiamento: empréstimos bancários, obrigações, capitais das empresas e financiamento público.

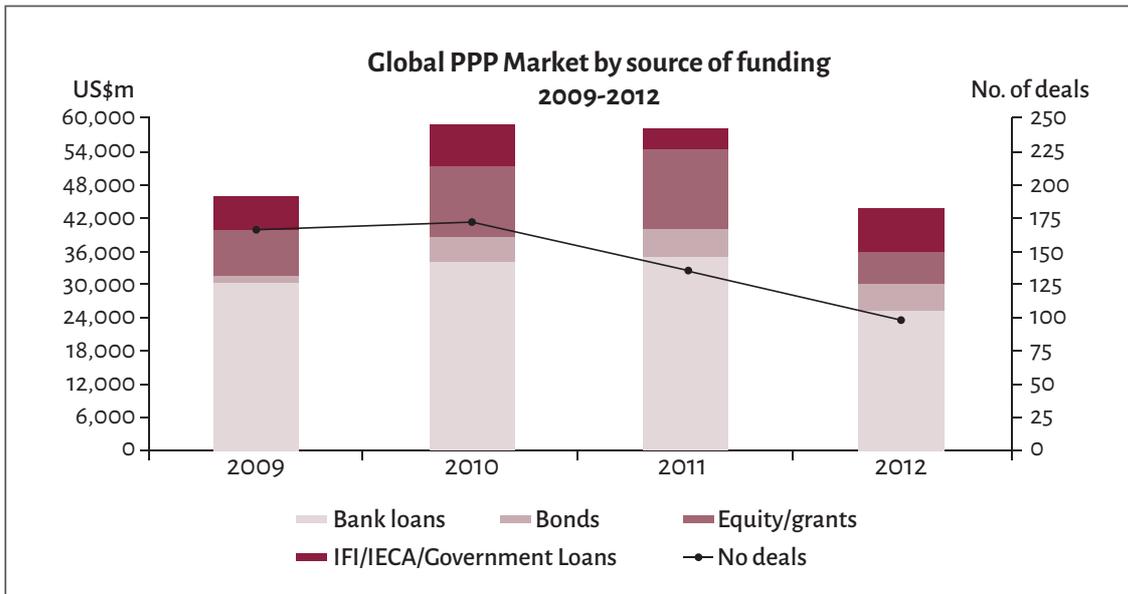


Gráfico 1: Impacto da crise de 2008-2009 sobre as PPP (número de negócios e fontes de financiamento)

Fonte: PWC, 2013.

O gráfico seguinte mostra, por sua vez, o volume de mercado das PPP, por regiões a nível mundial, permitindo verificar, atendendo quer ao valor total, quer à dívida contraída, quer no plano nos negócios celebrados, que a Europa foi a região mais afetada, nos anos entre 2010 e 2012, embora também nas Américas e na Ásia e no Pacífico esse decréscimo tenha sido notado.

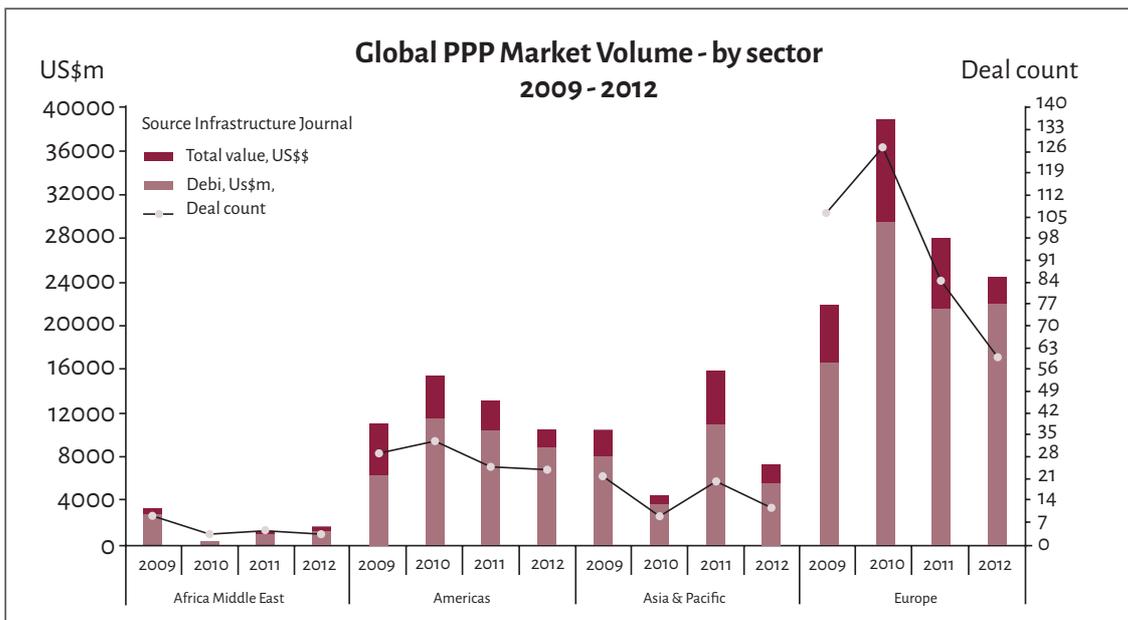


Gráfico 2: Impacto da crise de 2008-2009 sobre as PPP (por regiões do mundo)

Fonte: PWC, 2013.

Por último, o gráfico a seguir mostra o impacto da crise sobre as PPP em termos sectoriais. Verifica-se um decréscimo em todos os sectores, com especial relevância no caso da área Social e Defesa. Também a área dos transportes foi particularmente afetada. Pelo contrário, o sector da energia (petróleo e gás) terá escapado aos efeitos da crise.

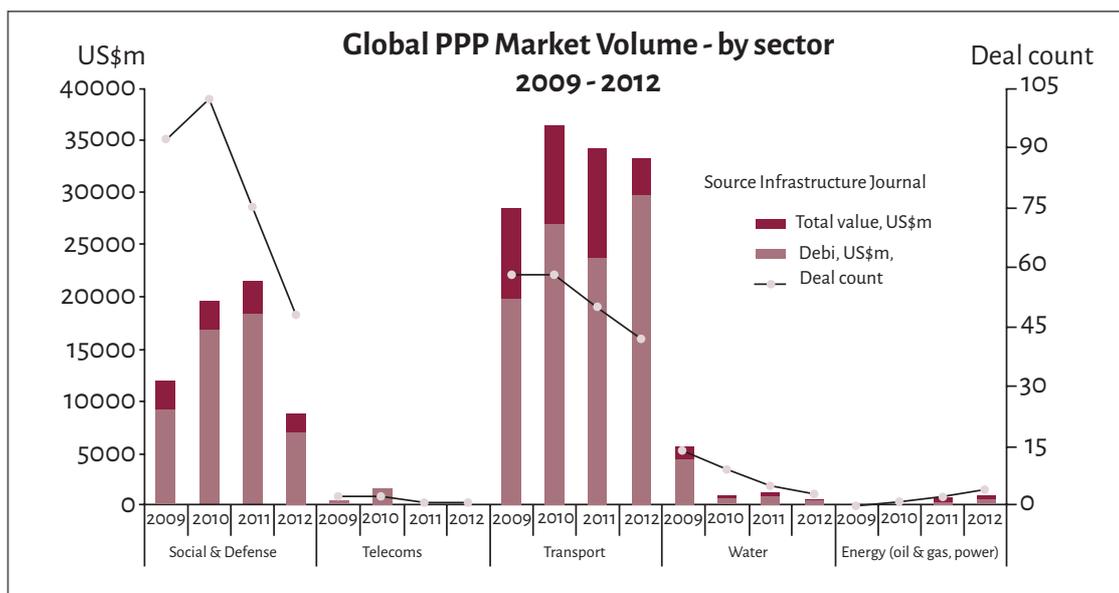


Gráfico 3: Impacto da crise de 2008-2009 sobre as PPP (por sectores)

Fonte: PWC, 2013.

8.5 A Europa e as respostas aos efeitos da crise sobre as PPP

A crise financeira iniciada em 2008 e continuada, sob a forma de crise de dívida soberana em alguns países (como Portugal), teve um impacto “bifásico” e ambivalente sobre as PPP.

Numa primeira fase, enquanto crise financeira *tout court*, ela fez aumentar o envolvimento do Estado nas PPP, mesmo do ponto de vista financeiro. As causas para esse maior envolvimento são:

- I. liquidez limitada nos mercados financeiros;
- II. aumento da aversão ao risco por parte dos financiadores e patrocinadores;
- III. aumento do custo de capital.

Numa segunda fase, após a transmutação da crise numa crise de dívida soberana, os países afetados são confrontados com o aumento dos prémios de risco e, no limite, com a incapacidade de se financiarem nos mercados financeiros, a acarretar acrescidas dificuldades na gestão e contratualização de PPP.

A crise obrigou então os Estados membros a redefinir a sua ação com relação às PPP, sobretudo aqueles que foram mais afetados pelos seus efeitos, como sucedeu com Portugal. Quanto às consequências daqui resultantes, haverá que diferenciar as seguintes orientações de fundo:

- I. PPP já existentes: renegociação, com vista à redução dos riscos financeiros (v.g. diminuição dos pagamentos regulares e, por essa via, redução da despesa primária; diminuição dos juros imputados a dívida contraída nas PPP cujos ativos sejam integrados na folha de balanço do Estado).
- II. PPP futuras: maior exigência dos critérios contabilísticos a aplicar (a deriva para o critério do controlo), os quais permitam uma maior perceção dos impactos orçamentais futuros das PPP.

A nível comum europeu, algumas iniciativas foram, entretanto, avançadas. Elas procuram, por um lado, reabilitar as PPP, designadamente aos olhos da opinião pública, e, por outro lado, associá-las à captação de investimento para projetos relevantes e de interesse económico à escala europeia. É de novo a utilização das PPP, enquanto instrumento de criação de “espaço orçamental” que está aqui em causa. A mais relevante das iniciativas nesta área (lançada em 2012) foi a EU Project Bond Initiative, uma iniciativa conjunta da

Comissão Europeia (CE) e do Banco Europeu de Investimento (BEI), através da qual se procura garantir o investimento, pelo recurso às PPP, em projetos infraestruturais com elevado interesse estratégico europeu. O papel da CE e do BEI será o de contribuir, através do orçamento europeu, para o apoio a tais projetos, absorvendo alguns dos riscos que de outro modo recairiam sobre os maiores financiadores (concessão de garantias). Esta iniciativa está ainda numa fase piloto, que durará até 2016.

8.6 Portugal e as PPP: o impacto da crise

Portugal foi um dos países europeus mais fortemente afetado. A crise foi muito mais do que uma crise financeira; expressou-se de forma muito violenta sob a forma de crise de dívida soberana, que se traduziu no aumento incontrolável das taxas de juro de longo prazo, traduzindo a elevação do prémio de risco suportado pelo país relativamente aos seus financiadores externos. De tal forma que, a par da Irlanda e da Grécia, Portugal teve mesmo de requerer assistência financeira aos três financiadores institucionais: Fundo Monetário Internacional, Comissão Europeia e banco Central Europeu (vulgarmente conhecida como *Troika*), num valor global (a conceder ao longo do período de assistência) que atingiu os 78 milhões de euros. Por conta desta assistência financeira e em contrapartida, Portugal teve de assinar, junto com os membros da Troika, um memorando de entendimento (de 17 de maio de 2011), no qual se comprometeu a um conjunto de medidas que visavam, para além da recapitalização da banca, também à consolidação orçamental e a medidas de ajustamento estrutural da economia portuguesa. Nesse memorando de entendimento, as PPP não foram esquecidas, já que elas aparecem identificadas e associadas pelo impacto que irão ter, no longo prazo, sobre a posição da dívida pública portuguesa. Da versão de maio de 2011 do memorando (MEMORANDO..., 2011) resultava então o seguinte:

O Governo irá:

[...]

3.17. Evitar entrar em qualquer novo acordo de PPP antes de finalizar a revisão das PPP existentes as reformas legais e institucionais propostas.

3.18. Executar com a assistência técnica da CE e do FMI, uma avaliação inicial de, pelo menos, os 20 mais significativos contratos de PPP [...].

3.19. Recrutar uma empresa de auditoria internacionalmente reconhecida para a realização de um estudo detalhado das PPP [...] avaliará a viabilidade de renegociar qualquer PPP ou contrato de concessão, a fim de reduzir as responsabilidades financeiras do Estado. Todas as PPP e contratos de concessão estarão disponíveis para estas revisões

3.20. Pôr em prática um quadro legal e institucional reforçado [...] para a avaliação de riscos ex-ante da participação em PPP, concessões e outros investimentos públicos, bem como a monitorização da respetiva execução.

3.21. Melhorar o relatório anual sobre as PPP [...]. O relatório fornecerá informação e análise a nível sectorial [...].

Na sequência do previsto no ponto 3.18 do memorando, foi elaborado e divulgado pela Direção-Geral do Tesouro e Finanças (2012) um relatório, intitulado *Parcerias público-privadas e concessões*, do qual resultou a seguinte avaliação financeira referente às PPP existentes:

- I. Os seus encargos líquidos globais (nos vários sectores) ascendiam, em 2011, a 1.823 milhões de euros.
- II. O período mais crítico dos encargos líquidos das PPP ocorrerá entre 2015 e 2018, com o valor a ascender a 2.000 milhões de euros;
- III. A partir desta data e até 2045 (fim dos contratos ou do período de vida útil dos ativos), os encargos decrescem até atingirem então o valor de zero euros.

Na sequência desta primeira avaliação, foi então adotado um conjunto significativo de medidas:

- I. Desde 2011 não são lançadas novas PPP (embora algumas em fase de estudo, mormente no sector da Saúde).
- II. Aprovação, em 2012, de um novo quadro legal das PPP (Decreto-Lei n. 111/2012, de 23 de maio).
- III. Avaliação e renegociação de diversas PPP antes celebradas: as concessões ex-SCUTS (Norte Litoral, Grande Porto, Interior Norte, Costa de Prata, Beira Litoral/Beira Alta, Beira Interior e Algarve); as concessões do Norte e da Grande Lisboa; e as subconcessões da EP — Transmontana, do Baixo Tejo, do Baixo Alentejo, do Litoral Oeste, do Pinhal Interior e do Algarve Litoral).

8.7 Conclusão

A última década do século XX e a primeira do século XXI foram os períodos áureos no desenvolvimento das PPP, a nível mundial. Não apenas estas significaram uma linha de privatização e de desregulamentação da economia, substituindo os modelos tradicionais de contratação pública, por este modelo mais “descentralizado” e de mercado, como ainda eram vistas como instrumentos muito adequados para criação de “espaço orçamental”. Mas as responsabilidades contingentes associadas à contratação das PPP, para além de diversos problemas associados à contratualização, à gestão e ao modelo de financiamento delas, trouxeram uma realidade inicialmente não percebida em toda a sua dimensão: as PPP revelaram ser fonte geradora de dívida condicional e contingente do Estado, a implicar encargos pesadíssimos para as gerações futuras. Inadvertidamente, as próprias regras de enquadramento estatístico e contabilístico dos ativos das PPP acabaram por favorecer o recurso, por vezes pouco criterioso e injustificado, às

PPP, mormente nas áreas dos Transportes. A crise financeira iniciada em 2008-2009, e que em alguns países europeus se transmutou numa verdadeira crise de dívida soberana, a partir de finais de 2009, exacerbou o impacto (prejudicial) das PPP sobre os contribuintes, no longo prazo. De instrumento “miraculoso” para a resolução de problemas associados à restrição orçamental dos Estados, as PPP passaram a ser “diabolizadas” e são, hoje, aos olhos de muitos, vistas como principal agente responsável dos males financeiros com que países em crise, como é o caso português, se defrontam. Curiosamente, nos sectores ideológicos mais liberais onde antes as PPP eram consideradas como veículo de um Estado pequeno ou, pelo menos, de um Estado menor, rapidamente, nesses mesmos sectores (que se juntaram aos outros) elas passaram a ser expressão do Estado gigante. A crise constituiu um momento (afinal oportuno) de paragem e de reflexão. Neste momento, em Portugal, vimos como as PPP estão mais ou menos suspensas. Não sabemos qual o sentido da evolução futura. Pois, na verdade, não se trata apenas, de ora em diante, de redefinir o papel e o modelo adequado de PPP. A questão é mais profunda e foi a crise que a ditou: é o Estado, na sua relação com a economia e a sociedade, que está neste momento a aguardar uma redefinição.

Referências

- BUDINA, N. et al. Public-private partnerships in the new EU Member States: managing fiscal risks. *The World Bank Working Paper, Washington*, n. 114, 2007.
- CABRAL, N. da C. Parcerias público-privadas. *Cadernos do IDEFF, Coimbra*, n. 9, 2009.
- DIREÇÃO-GERAL DO TESOURO E FINANÇAS. *Parcerias público-privadas e concessões*. Lisboa: Ministério das Finanças, 2012.
- EUROPEAN COMMISSION. Mobilising private and public investment for recovery and long term structural change: developing public private partnerships. *COM(2009) 615 final*, Bruxelas, 19 nov. 2009.

EUROPEAN POLICY CENTER (EPC). *Eurostat treatment of public-private partnerships: purposes, methodology and recent trends*. 2010. Disponível em: <<http://www.eib.org/epec/resources/epec-eurostat-statistical-treatment-of-ppps.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2014.

EUROPEAN POLICY CENTER (EPC). Can public private partnerships (PPPs) lever investment to get Europe out of economic crisis? *EPC Issue Paper*, n. 71, nov. 2012.

HELLER, P. S. Understanding fiscal space. *IMF Policy Discussion Paper*, International Monetary Fund, n. 4, mar. 2005. Disponível em: <http://mulkiye.byethost13.com/web_documents/imfpaperfiscalspace.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2015.

MEMORANDO de entendimento sobre as condicionalidades de política econômica. 17 maio 2011. Disponível em: <<http://www.publico.pt/economia/memorando-da-troika-anotado>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

PRICEWATERHOUSECOOPERS (PWC). OECD 2013 *annual meeting of senior PPP officials: overview of global PPP markets*. 2013. Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/budgeting/D1-AM%20-%20S1%20-20Charles%20LLOYD%20-%20PWC.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2015.

RESOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS POR ENTIDADES REGULADORAS EM PORTUGAL, À LUZ DA NOVA LEI-QUADRO DAS ENTIDADES REGULADORAS

Nuno Cunha Rodrigues

9.1 Introdução

Foi aprovada, em Portugal, pela primeira vez, uma Lei-Quadro das Entidades Administrativas Independentes: a Lei n. 67/2013, de 28 de agosto.

Esta Lei, que procura aglutinar, num único diploma, princípios e regras relativos a um universo de entidades reguladoras com características e objectivos diversos, não encontra réplica no direito Brasileiro, no qual, apesar de existirem agências federais, não há um regime comum (como também não acontecia em Portugal, até a aprovação desta lei).

Em resultado da publicação deste diploma, as entidades reguladoras terão de adaptar os seus estatutos às regras e aos princípios neles contidos.

A Lei surge no contexto da intervenção da Troika em Portugal. Com efeito, o *Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica* (2011), assinado pelo Governo português, e a vulgarmente designada Troika¹, em 17 de maio de 2011, previa, no parágrafo 7.21, que fossem adoptadas medidas para “garantir que as Autoridades Reguladoras Nacionais (ARN) [tivessem] a independência e os recursos necessários para exercer as suas responsabilidades”.

O reforço da independência das autoridades reguladoras parecia representar um objectivo essencial do Memorando. Note-se, porém, que a Troika não impunha a aprovação de uma Lei-Quadro.

No memorando que o Estado Português subscreveu estavam em causa dois objectivos:

- I. garantir que as Autoridades Reguladoras Nacionais (ARN) possuíssem a independência; e
- II. garantir que possuíssem os recursos necessários para exercer as suas responsabilidades.

Ora, entendeu o Estado português que se impunha aprovar uma Lei-Quadro que definisse os princípios a reflectir nos estatutos e no funcionamento de entidades reguladoras.

Estão em causa entidades que não são reconduzíveis à noção de instituto público de natureza administrativa², dada a independência (ou autonomia) de que gozam, nem à noção de empresa pública³, pois não visam prosseguir uma actividade empresarial ou comercial.

¹ Composta por: Comissão Europeia, Banco Central Europeu e Fundo Monetário Internacional.

² Os institutos públicos de natureza administrativa regem-se, em Portugal, pela Lei-Quadro dos Institutos Públicos aprovada pela Lei n. 3/2004, de 15 de janeiro, alterada pela Lei n. 51/2005, de 30 de agosto, pelos Decretos-Leis n. 200/2006, de 25 de outubro, e n. 105/2007, de 3 de abril, pela Lei n. 64-A/2008, de 31 de dezembro, pelo Decreto-Lei n. 40/2011, de 22 de março, pela Resolução da Assembleia da República n. 86/2011, de 11 de abril, e pelo Decreto-Lei n. 5/2012, de 17 de janeiro.

³ As empresas públicas regem-se, em Portugal, pelo Regime Jurídico do Setor Público Empresarial, aprovado pelo Decreto-Lei n. 133/2013, de 3 de outubro.

A aprovação da Lei foi positiva, na medida em que procura, de alguma forma, reforçar a independência e a capacidade de actuação das entidades reguladoras abrangidas, clarificando que não lhes é aplicável nem a Lei-Quadro dos Institutos Públicos nem o regime jurídico do sector público empresarial.

É certo que o âmbito objectivo de aplicação desta Lei-Quadro — a Lei n. 67/2013 — é menor do que aquele que a noção de entidade administrativa independente comporta.

Efectivamente, a Constituição Portuguesa admite, no art. 267º, n. 3, que possam ser criadas, por lei (lei *lato sensu*, o que significa lei ou decreto-lei) entidades administrativas independentes.

Cabem no conceito de entidade administrativa independente entidades tão diversas quanto as entidades reguladoras abrangidas pela Lei agora aprovada, e ainda outras, como a Comissão Nacional de Eleições (CNE) ou a Comissão de Acesso a Documentos Administrativos (CADA).

Foi por isso que o legislador limitou o âmbito de aplicação, ao definir, no art. 3º do anexo, como entidades reguladoras, as “pessoas colectivas de direito público, com a natureza de entidades administrativas independentes, com atribuições em matéria de regulação da actividade económica”.

Ficariam, deste modo, dissipadas dúvidas relativas à eventual aplicação do diploma.

De resto, quaisquer dúvidas estavam, à partida, arredadas pelo n. 3 do art. 3º da Lei-Quadro, quando procede ao elenco — em nosso entender, taxativo — das entidades subordinadas à Lei.

Em Portugal, existem, por conseguinte, as seguintes entidades com funções de regulação económica, de acordo com a definição típica constante da Lei:

- I. Instituto de Seguros de Portugal;
- II. Comissão do Mercado de Valores Mobiliários;
- III. Autoridade da Concorrência;
- IV. Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos;
- V. Autoridade Nacional de Comunicações (ICP – ANACOM);
- VI. Instituto Nacional de Aviação Civil, I. P. (INAC, I. P.);

- VII. Instituto da Mobilidade e dos Transportes, I. P. (IMT, I. P.);
- VIII. Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos;
- IX. Entidade Reguladora da Saúde.

9.2 O novo modelo organizacional das entidades reguladoras

A Lei a que nos referimos trouxe novidades no que respeita à identificação de estruturas comuns dos reguladores. Sucede, assim, por exemplo, no que concerne à estrutura orgânica (conselho de administração/conselho fiscal (ou fiscal único)/conselho consultivo), mandato do conselho de administração, incompatibilidades e impedimentos, independência orgânica, funcional e técnica.

A questão da independência tem sido questionada por alguns, com o argumento de que não resulta claro, do texto da lei, que as autoridades reguladoras venham a ser dotadas de uma *verdadeira* independência. É por isso que, já no passado, certos autores preferiam utilizar a expressão *autonomia* em vez de *independência* a propósito das entidades reguladoras⁴.

Vejamos um exemplo que resulta da Lei em análise.

O art. 45º enumera um conjunto de exceções que podem pôr em causa a independência das entidades reguladoras formalmente consagrada.

Atente-se à necessidade de aprovação dos orçamentos, planos plurianuais, balanço e contas (cf. art. 45º, n. 4) pelos Ministros das Finanças e da tutela da área a que pertence o regulador.

Dir-se-á que a aprovação apenas pode ser recusada por decisão fundada em ilegalidade, prejuízo para os fins da entidade reguladora, prejuízo para o interesse público ou parecer desfavorável emitido pelo conselho consultivo (cf. art. 45º, n. 6, da Lei-Quadro).

Poderia até justificar-se esta modalidade de aprovação, considerando que está em causa um mecanismo de controlo e não uma vontade de colocar em causa a independência do regulador.

⁴ A esse propósito, vide Ferreira e Morais (2009).

Mas a circunstância de a aprovação daqueles instrumentos essenciais para a actividade de uma entidade reguladora poder ser questionada com fundamento no interesse público — conceito juridicamente indeterminado — leva, legitimamente, a perguntar se não está em crise a *independência* — ou a *autonomia* — das entidades reguladoras, agora supostamente reforçada.

Por outro lado, uma das novidades desta Lei traduz-se na circunstância de obrigar as entidades reguladoras a observar a garantia de eficiência económica, no que se refere à gestão e às soluções adotadas (cf. art. 4º, n. 1, alínea b)).

Esta obrigação suscita também alguma perplexidade. Como entender a eficiência económica no contexto da gestão de uma entidade reguladora que tem por missão, *prima facie*, prosseguir o interesse público e corrigir as falhas de mercado sectorialmente verificadas?

Assim também, a Lei prevê, no art. 4º, n. 1, alínea c), que as entidades reguladoras devem observar, como critério, a gestão por objectivos.

Fica, aqui, por saber por que critérios se deve guiar a gestão por objectivos imposta às entidades reguladoras.

Na verdade, segundo o art. 39º, as entidades reguladoras devem utilizar um sistema coerente de indicadores de desempenho que reflecta o conjunto das actividades prosseguidas e os resultados obtidos.

Será, então, à luz da Lei-Quadro, equivalente falar-se em gestão por objectivos e em sistema de indicadores de desempenho?

E será sensato atribuir a competência para aferir da qualidade dos sistemas indicadores de desempenho à comissão de fiscalização ou a um fiscal único, como resulta do disposto no art. 39º?

Será, ainda, plausível que, no futuro, tenhamos entidades reguladoras com objectivos fixados, como determina a Lei, e, em caso afirmativo, que objectivos virão a ser fixados? E não pode, a este propósito, especular-se se será legítimo obrigar a Autoridade da Concorrência a aprovar um determinado número de operações de concentração por ano quando se sabe que esse número depende da flutuação da economia? Ou ainda saber se será prudente fixar, por exemplo, um número mínimo de coimas a aplicar a empresas (seja em número ou em volume)?

Finalmente pode suscitar-se outra questão: no caso da resolução extrajudicial de litígios, devem as entidades reguladoras ser sujeitas a *objectivos*?

9.3 A resolução extrajudicial de conflitos por entidades reguladoras

Uma das novidades introduzidas pela nova Lei-Quadro diz respeito à resolução extrajudicial de litígios.

O art. 40º, n. 4, da Lei, que confere poderes de resolução de litígios às entidades reguladoras, dispõe da seguinte forma:

4 — Nos termos e limites dos respetivos estatutos, quando lhes sejam atribuídos poderes de mediação, compete às entidades reguladoras, designadamente:

- a) Divulgar a arbitragem voluntária para a resolução de conflitos e disponibilizar serviços de mediação de conflitos;
- b) Atuar na resolução de conflitos entre as empresas e outras entidades sujeitas à sua jurisdição, ou entre estas e os seus clientes ou terceiros, reconhecendo ou não os direitos alegados e invocados;
- c) Apreciar das reclamações dos consumidores ou terceiros e adotar as providências necessárias, nos termos previstos na lei;
- d) Prestar informação, orientação e apoio aos utentes e consumidores dos respetivos setores de atividade económica, bem como sobre as reclamações apresentadas.

De igual modo, o art. 48º, n. 3, alínea d), prevê, a propósito da protecção dos direitos dos consumidores, que

compete às entidades reguladoras a resolução de conflitos entre operadores sujeitos à sua regulação, ou entre estes e consumidores, designadamente:

[...] mediante solicitação dos interessados, promover o tratamento das reclamações através de mediação, conciliação ou arbitragem, em termos processuais simples, expeditos e tendencialmente gratuitos; [...].

A nova Lei-Quadro parece apontar para a necessidade de as entidades reguladoras promoverem a mediação quando tal resulte dos respectivos estatutos e, bem assim, procederem ao tratamento das reclamações por meio de mediação, conciliação ou arbitragem.

Estão em causa três formas distintas de resolução extrajudicial de conflitos:

- I. Mediação;
- II. Conciliação;
- III. Arbitragem.

Vejamos, de forma sintética, cada uma:

- I. Pela *mediação*, procura-se aproximar as partes, de forma imparcial, e auxiliá-las a encontrarem a solução para o caso. O mediador deve responder a requisitos de imparcialidade, transparência, eficácia e equidade. Há, neste momento, em Portugal, entidades reguladoras que promovem a mediação de conflitos⁵.
- II. Pela *conciliação*, o terceiro (conciliador) assume um papel mais activo do que o mediador, conduzindo a negociação e propondo soluções e plataformas de entendimento comum que possibilitem um acordo entre as partes. O acordo, quando alcançado, é passado a escrito e homologado pelo juiz árbitro;
- III. Na *arbitragem*, que, em termos semelhantes aos de um processo judicial, compete ao árbitro impor uma solução para o conflito. A decisão do árbitro, que deve actuar de modo imparcial, tem a mesma força e eficácia de uma sentença judicial.
- IV. Neste caso, há princípios que devem reger a actuação do árbitro, nomeadamente: independência, transparência, contraditório, eficácia,

⁵ Vide, a este propósito, o caso da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE) ou o da Comissão de Mercado de Valores Mobiliários (CMVM).

legalidade, liberdade e representação (tais como estão definidos na Recomendação da Comissão Europeia 98/257/CE, de 30 de março).

Aqui chegados, é tempo de nos interrogarmos: Devem ser conferidas às entidades reguladoras funções de mediação, conciliação e arbitragem?

No Brasil, têm sido conferidas a algumas entidades reguladoras tarefas de natureza idêntica, apesar de não existir um regime uniforme equivalente ao que foi criado em Portugal. Veja-se, por exemplo, o caso da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), que dispõe de competências para dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre regulados⁶, ou o da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel)⁷.

Está em causa uma solução comum aos dois lados do Atlântico: a desjudicialização de litígios que decorre da tentativa de aliviar a sobrecarga dos tribunais.

Por outro lado, assiste-se à criação de incentivos para o recurso a outras jurisdições — como as arbitrais. Tudo em nome da eficiência económica (sobretudo em tempos de crise).

Mas será este movimento legítimo? Não poderá ele conduzir ao enviesamento de direitos constitucionalmente consagrados, como o direito de acesso ao direito e aos tribunais consagrado no art. 20 da Constituição Portuguesa?

É certo que a Constituição Portuguesa reconhece igualmente a existência de tribunais arbitrais no art. 209, n. 2, mas podem entidades reguladoras ser a sede destes tribunais? Não estará, de algum modo, em causa a separação de poderes?

⁶ Vide art. 3º, parágrafo V, da Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e que confere competência para dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores.

⁷ Vide art. 19º, parágrafo XVII, da Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e o funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n. 8, de 1995, e que confere à Anatel competência para compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações.

Como alguém já referiu, o surgimento de autoridades reguladoras independentes veio desafiar este princípio estruturante do Estado de Direito Democrático.

Colocam-se, por conseguinte, algumas interrogações:

- I. Devem ser concedidos poderes de resolução de litígios a entidades reguladoras?
- II. Em caso afirmativo, que poderes?
- III. Consequentemente, quais as formas institucionais adequadas à resolução dos litígios e os correspondentes mecanismos de financiamento (sobretudo em momentos de crise financeira como os que atravessamos)?
- IV. Como assegurar a independência do árbitro quando ele é o próprio regulador e pode, por conseguinte, ser parte num processo proposto por um regulado?

Vejamos: a existência de entidades reguladoras justifica-se pelas falhas de mercado. Assim, tradicionalmente, a primeira análise que um economista fará face a uma entidade com funções de regulação económica será a de tentar localizar, a montante, onde se situa(m) esta(s) falha(s).

Acontece assim em situações em que estamos perante monopólios naturais, situações de existência de informação assimétrica entre agentes num mercado, risco moral ou outras.

A actuação da entidade reguladora não será, por natureza, imparcial. Ela visa justamente corrigir a falha de mercado em causa, sendo este o interesse público que deve orientar a sua actuação. É esta ideia que está por trás da chamada *teoria do interesse público*^{8,9}.

⁸ Cf. Araújo (2005, p. 609) a explicar que a “Teoria do Interesse Público” tende “[...] a fornecer os quadros gerais da regulação ditada por necessidades de correcção de falhas de mercado e de externalidades, mas não parece explicar adequadamente a razão pela qual todo e qualquer arranjo institucional é vulnerável à subversão pelos ‘rent-seekers’, e até à ‘captura’ por esses interesses particulares, ou a razão pela qual a litigância, e as subjacentes regras de responsabilidade civil, podem revelar-se mais pontualmente eficientes do que a regulação [...]”.

⁹ Não iremos aqui apreciar quais os sectores em concreto que devem, ou não, ser regulados. Na verdade, podemos discutir se a regulação lesa — ou não — o mercado da regulação ou face aos

As atribuições conferidas, por lei, às entidades reguladoras podem, em alguns casos, ser conflituantes com o exercício de funções de árbitro ou de funções parajudiciais em processos.

No Brasil, a questão não é pacífica, suscitando reflexões a respeito da ausência de legitimidade democrática das entidades reguladoras, da separação de poderes ou do respeito pelo Princípio da Legalidade que têm sido referidas como constituintes de um entrave à afirmação das entidades reguladoras como árbitros.

Podemos, por conseguinte, tirar lições comuns dos regimes vigentes em Portugal e no Brasil no tocante à resolução de conflitos extrajudiciais por entidades reguladoras.

No domínio da mediação e conciliação de conflitos — sobretudo de pequenos conflitos de consumo —, aparentemente não seriam suscitados obstáculos à actuação das entidades reguladoras. Existiriam, até, vantagens face ao conhecimento técnico especializado que a entidade reguladora possui relativamente aos conflitos a dirimir.

É certo que grande parte dos reguladores em Portugal não tem funções de mediação, conciliação ou de arbitragem, sabendo-se que, num ou noutro caso, prosseguem funções de mediação, como acontece com a Comissão de Mercado de Valores Mobiliários.

Porém, seria preferível promover a criação de centros de mediação e conciliação autónomos, juridicamente separados da entidade reguladora, que assegurassem o exercício dessas funções de mediação e conciliação de forma independente relativamente ao regulador.

Veja-se o exemplo do Instituto de Seguros de Portugal (ISP).

O ISP colabora com o Centro de Informação, Mediação, Provedoria e Arbitragem de Seguros (CIMPAS), mas este não faz parte do Instituto. Deveria ser assim, no futuro, noutras entidades reguladoras.

Coloca-se, em todo o caso, outro problema: o financiamento das entidades independentes do regulador. Com efeito, estes centros raramente são autossustentáveis, e a hipotética cobrança de taxas não se

conhecidos problemas de captura do regulador e de apropriação de rendas — explicados pela teoria da escolha pública — que se pode verificar no contexto da regulação económica.

mostra adequada nem suficiente face ao reduzido valor dos litígios e ao custo de funcionamento.

É, aliás, face a esta circunstância que, em Portugal, grande parte dos centros de mediação e conciliação de conflitos de consumo são financiados por meio de transferências do orçamento do Estado, ainda que sejam, formalmente, associações de direito privado.

Ora, neste domínio, as entidades reguladoras podem contribuir para o financiamento dos centros por via de transferências do seu próprio orçamento, uma vez que estão em causa conflitos de consumo surgidos no contexto do sector regulado. Consequentemente, o financiamento pode — e deve — ser assegurado justamente pelos entes regulados.

O caso da arbitragem merece uma nota especial.

Note-se, a título preliminar, que a lei portuguesa não obriga as entidades reguladoras a actuarem (também) como árbitros. A (nova) Lei-Quadro limita-se a dispor que, nos termos e limites dos respetivos estatutos, quando lhes sejam atribuídos poderes de mediação, compete às entidades reguladoras, designadamente: “a) Divulgar a arbitragem voluntária para a resolução de conflitos e disponibilizar serviços de mediação de conflitos”.

Pode, por conseguinte, afirmar-se que a lei aponta para determinado *indirizzo* na atuação das entidades reguladoras: elas devem promover a arbitragem voluntária. O que, novamente, traduz o apelo do legislador para a necessidade de eficiência económica em tempos de crise: a arbitragem voluntária surge como mecanismo alternativo mais eficiente quando comparado com a justiça comum.

Tudo isto nos interpela sobre se a promoção da arbitragem voluntária não exprime uma ideia de justiça para ricos — associada à arbitragem — e de justiça para pobres — associada aos tribunais comuns.

Suscitam-se algumas reflexões a este propósito:

- I. Deve a entidade reguladora envolver-se em conflitos entre regulados que surgem, frequentemente, do ambiente regulatório — legal ou regulamentar — criado, de forma direta ou indireta, pela própria entidade reguladora?

- II. Pode a entidade reguladora ser verdadeiramente independente, enquanto árbitro em conflitos entre entes regulados?

As respostas não são claras, tendo a considerar que o regulador não deve, em regra, ser árbitro em conflitos que envolvam os regulados (ou mesmo entre o Estado e entes regulados), uma vez que estará gradualmente a autovincular-se, para o futuro, em resultado das decisões que adopta nos conflitos, comprimindo gradualmente a sua liberdade de apreciação.

Poderíamos mesmo concluir que existe uma natural incompatibilidade entre o exercício de funções de regulador e de funções de árbitro em conflitos extrajudiciais, independentemente das partes envolvidas.

A arbitragem, quando voluntariamente desejada pelas partes, deve seguir outros caminhos. Em Portugal, foi recentemente criado o Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD), que pode funcionar como árbitro nesses conflitos.

Há ainda outras questões que poderiam suscitar-se a propósito do possível exercício de funções de árbitro por uma entidade reguladora:

- I. a distinção entre a função arbitral, em sentido estrito, de cujas decisões cabe recurso para os tribunais judiciais, e
- II. os actos administrativos de resolução de conflitos, recorríveis para os tribunais administrativos.

É que, pese embora ter sido criado, recentemente, em Portugal o Tribunal de Concorrência, Regulação e Supervisão, que serve como tribunal de recurso de decisões de entidades reguladoras em sede contraordenacional¹⁰, não foi conferida, a este tribunal, competência em sede de recurso de decisões tomadas por entidades reguladoras no contexto da resolução de litígios. Neste domínio, os tribunais judiciais e administrativos continuam a ser competentes.

¹⁰ Vide a Lei n. 46/2011, de 24 de junho.

9.4 Conclusão

Em síntese, o que parece evidenciar-se é um fenómeno de desjudicialização cuja razão de ser é complexa. Tudo a pretexto de uma suposta *eficiência económica*, invocada igualmente no passado como pretexto para a reforma da administração pública.

No final dos anos 1980, a administração pública procurou formas de flexibilizar e agilizar a aplicação do Direito Administrativo, assistindo-se, então, à chamada *fuga para o direito privado*.

Essa fuga foi mais tarde acompanhada pelo que poderíamos designar de *retorno ao direito público*, traduzido na utilização de um conjunto de instrumentos jurídicos avulsos que procuravam fazer regressar à órbita do direito público áreas que lhe haviam escapado (como sucedeu, *verbi gratia*, com a empresarialização de serviços públicos, a qual visou, frequentemente, à não aplicação do regime da contratação pública ou da fiscalização do Tribunal de Contas a entidades públicas).

Apenas o tempo permitirá dizer se a desjudicialização não será um epifenómeno acompanhado, mais tarde ou mais cedo, pelo retorno aos tribunais judiciais, porventura com fundamento na *eficiência económica* que, em tudo isto, está, afinal, por avaliar de forma rigorosa.

Referências

ARAÚJO, F. *Introdução à economia*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

FERREIRA, E. P.; MORAIS, L. S. A regulação sectorial da economia: introdução e perspectiva geral. In: AAVV. *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?* Coimbra: Almedina, 2009. p. 7-39.

MEMORANDO de entendimento sobre as condicionalidades de política económica. 17 maio 2011. Disponível em: <<http://www.publico.pt/economia/memorando-da-troika-anotado>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

PARTE III

DIREITO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

- 10** A FUNCIONALIDADE DA ARBITRAGEM PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS INDIVIDUAIS E TRANSINDIVIDUAIS
- 11** A ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL
- 12** NOVAS TENDÊNCIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL: DANOS AMBIENTAIS, DANOS MORAIS AMBIENTAIS E DANOS ÀS GERAÇÕES
- 13** DESAFIOS ECONÔMICOS DO PROCESSO DE EXECUÇÃO: A CONTRIBUIÇÃO LUSO-BRASILEIRA
- 14** DESÍGNIOS DO “NOVO” CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PORTUGUÊS
- 15** REFLEXOS DA INSEGURANÇA JURÍDICA E PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES: UMA ABORDAGEM SUMÁRIA E ECONÔMICA

A FUNCIONALIDADE DA ARBITRAGEM PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS INDIVIDUAIS E TRANSINDIVIDUAIS

Elton Venturi

10.1 Introdução

Dentre os meios de solução extrajudicial de conflitos, a arbitragem se destaca por constituir método simples, célere e econômico, pelo qual, diante da impossibilidade da coordenação pelos próprios titulares de determinados interesses patrimoniais disponíveis em disputa, a função resolutória acaba sendo entregue a uma terceira pessoa (ou entidade) — que goza da confiança dos interessados e cuja deliberação definitiva, após a fluência do procedimento arbitral, equivale à sentença judicial (constitui título executivo judicial).

A arbitragem tem sido compreendida, por vezes, como uma espécie de processo semijudicial conduzido por árbitros imparciais, que buscam, por via da aplicação de regras de experiência e do senso comum, muito mais do que resolver conflitos entre as partes, *regulá-los* de acordo com as necessidades de inter-relacionamento econômico entre aquelas.

Nesse sentido, emerge como destaque do procedimento arbitral sua especial *função negocial* ou de *regulação*, aproximando-se mais de um processo político do que propriamente judicial, ao menos em seu sentido tradicional de resolução de conflitos (WEBB, 1992, p. 265).

De fato, uma das mais importantes características da arbitragem é buscar a regulação de um conflito surgido entre partes que, no mais das vezes, de alguma forma já mantêm — e, possivelmente, ainda manterão — relações socioeconômicas e, por isso mesmo, procuram ajustar seus eventuais interesses contrapostos pela via arbitral, sempre que possível, tentando evitar ao máximo desgastes que possam vir a comprometer seu relacionamento.

Tal observação a respeito do sistema arbitral permite desde logo contrapô-lo ao método jurisdicional de solução de conflitos, no qual as soluções negociadas acabam sendo francamente eventuais e excepcionais, ao menos no âmbito do sistema de justiça Brasileiro. A ausência de efetivos incentivos jurídico-econômicos para a obtenção da conciliação, aliada à promessa de uma longa duração dos processos judiciais, acaba funcionando como um verdadeiro convite aos réus para apostar na morosidade e na inefetividade da tutela jurisdicional, para a obtenção de evidentes vantagens.

Partindo-se da premissa segundo a qual *a arbitragem já é, desde sempre, um método negociado de resolução ou de regulação de conflitos*, bem se percebe sobre quais bases tal sistema se assenta.

Curiosamente, por outro lado, o próprio sentido privado que ao longo da história adquiriu a expressão *negociação* parece voltar-se contra o emprego da arbitragem em inúmeros campos conflituosos, geralmente sob a justificativa de que determinados grupos ou categorias simplesmente não estariam aptos a negociar, dadas suas condições de hipossuficiência econômica, política e social.

Da mesma forma, ainda se percebe relevante resistência ao emprego da arbitragem envolvendo o Poder Público ou diante do menor sinal da existência de interesse público, fator que igualmente inibiu soluções negociadas a partir do sistema arbitral.

Todavia, se não é possível minimizar as razões pelas quais parte da doutrina e da jurisprudência nacionais ainda vem se opondo à abertura da arbitragem em matéria trabalhista, nas relações de consumo ou envolvendo o Poder Público, v.g., também não se deve desconsiderar que a dinâmica das relações jurídicas parece comportar cada vez menos as estritas qualificações que cunharam a dicotomia *público x privado*, atualmente significativamente relativizada.

O grande desafio que se coloca para os pensadores e operadores do sistema de justiça Brasileiro, portanto, parece estar muito mais relacionado com a definição de balizas mínimas que possam assegurar a coordenação entre jurisdição e os outros meios de solução ou regulação dos conflitos sociais, sejam eles de qual espécie forem. Nesse sentido, certamente há enorme espaço para um franco e despreconceituoso debate sobre os inúmeros aspectos técnicos envolvidos pela contraposição dos sistemas públicos e privados de prestação de justiça.

10.2 A visão funcional (instrumental) da arbitragem

A discussão acerca da natureza jurídica da arbitragem é antiga, mas certamente ainda não superada ou de menor relevância.

De um lado, refere-se à arbitragem como uma atividade exclusivamente privada de solução de controvérsias, seja face à dependência da manifestação das vontades privadas para a sua formação, seja face à patrimonialidade e disponibilidade dos interesses passíveis de análise arbitral. Por outro lado, na medida em que se encontram pontos de tangência ou de aproximação entre arbitragem e jurisdição, arrisca-se imprimir àquela um *status sui generis* entre o público e o privado, admitindo alguns, inclusive, sua natureza jurisdicional.

Na verdade, estamos convencidos de que por detrás de tal debate (que possui forte componente ideológico) podem estar ainda

escondidas algumas respostas para a (in)compreensão da atual realidade do emprego da arbitragem no Brasil¹.

Muito embora seja inegável que a concepção de arbitragem como meio de resolução de conflitos nasceu regida sob o signo privado, parece não haver mais espaço para uma estanque ou absoluta redução do fenômeno arbitral a uma espécie de *negócio privado das partes*, alheio e descompromissado em relação a quaisquer dos objetivos almejados pela tutela jurisdicional estatal².

Encarada muito mais pela sua *função instrumental de acessibilidade e concretização da justiça e de acerto de conflitos* do que pela forma de sua origem (convencional) ou pela natureza dos interesses passíveis de análise, a arbitragem passa a importar, funcionalmente, tanto quanto a jurisdição, ainda que subsistam óbvias diferenças entre os dois sistemas de resolução de conflitos³.

De fato, assim como o conceito de jurisdição foi e continua a ser gradativamente revisto a partir de uma visão *funcionalista* que, no Estado Constitucional, imputa-lhe a tarefa de atribuir significado e aplicação aos valores constitucionais para a efetivação dos direitos (MARINONI, 2014a, p. 116), a arbitragem merece ser observada por uma ótica similar. Em que pese o caráter eventual e consensual da arbitragem, nem por isso ela deixa de constituir um especial instrumento de distribuição de justiça e de aplicação do Direito, o que a torna, nesse sentido, ao menos potencialmente equivalente à jurisdição.

Todavia, em vez de se investigar exaustivamente todas as possibilidades instrumentais decorrentes da necessária *coordenação* entre

¹ Nesse sentido, conforme Rau (2005, p. 451), a tensão entre a natureza contratual e/ou jurisdicional pode ser encontrada no coração de cada uma das mais importantes questões envolvidas na arbitragem.

² A relativização do binômio *público x privado* continua a ser um grande desafio para os juristas do século XXI, não podendo ser esquecida ao se enfrentar o tema da natureza jurídica da arbitragem.

³ Em interessante comparação, Fiss (1986, p. 156) assevera que “Negotiation, mediation, arbitration, and their contemporary variants (community moots, mini-trials, summary jury trials, and rent-a-judge) are seen as alternatives to adjudication, in the same way that saccharin is an alternative to sugar”.

jurisdição e arbitragem, no intuito de se repensar o sistema de acessibilidade e de prestação de justiça no Brasil, muitas vezes o que se observa é a retórica e nada pragmática contraposição dos institutos, que em nada favorece a efetiva inclusão instrumental do “meio alternativo” arbitral.

Nessa compulsão comparatista, parece que o que realmente importa é destacar as desvantagens. Desse modo, de um lado se costuma imputar à jurisdição a grande pecha da inefetividade, derivada da extrema morosidade procedimental, da falta de competência técnica específica dos magistrados, da virtual inacessibilidade de grande parte da população aos tribunais judiciários. De outro lado, a arbitragem é ordinariamente atacada por seu pretense elitismo, pelos altos custos envolvidos, pelo temor da possível “parcialidade” dos árbitros (desprovidos das prerrogativas “libertárias” dos magistrados) e pela restrição objetiva dos conflitos passíveis de serem por ela solucionados.

Para piorar, após contrapostos os sistemas, tudo se esgota como se cumprisse ao intérprete tão somente optar (quando possível) entre a jurisdição ou a arbitragem, não em função de qual delas seria instrumentalmente a mais efetiva para a resolução da controvérsia, mas, sim, com base na análise do *enquadramento legal* de cada espécie de conflito concretamente surgido ou imaginado ao *procedimento legalmente previsto*.

Vale dizer, o *procedimento passa a ser o objeto e o objetivo*, secundando-se a pretensão substancial de proteção, observada apenas como meio para determinação do rito a ser seguido.

Pouco ou nada se fala sobre a possibilidade de coordenação entre jurisdição e arbitragem, sobre a viabilidade da importação dos meios de legitimação social e de *accountability* estatais para a arbitragem, assim como, em mão inversa, sobre as possíveis influências (políticas, sociais e técnicas) que o sistema arbitral de resolução de conflitos pode imprimir sobre o sistema jurisdicional tradicional.

Em valioso estudo a respeito do necessário relacionamento entre os sistemas dos meios alternativos de resolução de conflitos e a jurisdição estatal, tomando como base a experiência norte-americana,

Sternlight (2007) relembra os diversos pontos de aproximação entre os modelos, igualmente presentes no sistema Brasileiro (v.g., o auxílio jurisdicional para o cumprimento das decisões arbitrais e a recusa da atuação arbitral a respeito de determinadas matérias resguardadas à apreciação estatal). Conclui ele que, na realidade, a tensão subsistente ao longo da história e pelo mundo afora não diz exatamente respeito a uma contraposição entre o sistema jurisdicional e o sistema alternativo, mas, sim, acerca da *formalidade x informalidade* dos procedimentos de resolução de conflitos, tendo em vista a existência de uma maior ou menor tradição de aplicação do Direito positivo (STERNLIGHT, 2007, p. 15).

Ao menos em sentido funcional, a coordenação entre os referidos sistemas resolutórios de conflitos revela-se absolutamente imprescindível para a distribuição da justiça e para a realização dos direitos.

E se assim o é, não há razão para um apequenamento da arbitragem, a ponto de reduzi-la à regulação de uma mera “forma de manifestação de vontade”⁴, na medida em que se estaria confundindo, então, a forma pela qual ela é convencionalizada com sua essência funcional, de inequívoco interesse social, que transcende o interesse privado das partes em conflito.

Também não parece correto diferenciar absolutamente a atividade arbitral da jurisdicional tomando-se em conta a natureza pública ou privada do órgão julgador. Aliás, ao menos em conformidade com o ordenamento jurídico Brasileiro, tal conclusão parece equivocada, na medida em que o árbitro é equiparado a servidor público e a sentença arbitral equivale à decisão do juiz estatal⁵.

⁴ Para Marinoni (2014b, p. 2), “a filosofia da arbitragem se relaciona exclusivamente com a questão da *autonomia da vontade*, sendo correto se dizer que a Lei da Arbitragem teve *apenas o propósito de regular uma forma de manifestação da vontade*, o que nada tem a ver com as *essências da jurisdição e da arbitragem*” (grifos nossos).

⁵ Segundo o art. 17 da Lei n. 9.307/96, “Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal”. Ainda, conforme o art. 31 da lei arbitral Brasileira, “A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.

Talvez o grande preconceito que ainda remanesça contra o emprego dos “meios alternativos” de resolução de controvérsias (entre eles, a arbitragem) inicie por enxergá-los como formas de afastamento, estreitamento ou mesmo superação da função jurisdicional estatal, o que representaria um perigoso risco para a tutela dos cidadãos e a afirmação dos direitos, tarefa que estaria relegada monopolisticamente à prestação jurisdicional⁶.

Importa salientar, contudo, que tal preconceito já foi devidamente depurado pela enorme tradição e experiência da aplicação das *alternative dispute resolutions* (ADRs) por parte do sistema de justiça norte-americano.

Com efeito, observando-se a experiência arbitral norte-americana, é possível afirmar uma inequívoca tendência de admissão de resolução, pela *private adjudication*, de toda e qualquer espécie de conflitos, inclusive de muitos daqueles reservados tradicionalmente até então à jurisdição estatal⁷. Da mesma forma, não há como deixar de notar que pelo mesmo caminho pode seguir o Brasil, não sem antes se

⁶ Tal é a conclusão de Marinoni (2014b, p. 10), para quem “A instituição da arbitragem revela uma inocultável exclusão de parte relevante dos conflitos privados do controle do Estado, exatamente dos conflitos sensíveis a uma classe social muito privilegiada, o que pode significar a intenção de afastar o Estado do controle de certos interesses e relações jurídicas. Perceba-se que, embora a afirmação do Estado se imponha especialmente quando se pensa na necessidade de uma força superior (estatal) para dar solução aos conflitos entre os particulares – e isso seja aceito pelos partidários da idéia de Estado mínimo – determinados sujeitos particulares não desejam que o Estado interfira nos seus negócios e nos seus conflitos e, sob o argumento da necessidade de encontro de uma pessoa (árbitro) especialmente capacitada para lidar com eles, na verdade pretendem excluir a jurisdição do seu controle. A ausência de controle estatal, até mesmo sobre a regulação dos conflitos, caracteriza o projeto neoliberal. Ou melhor: o projeto neoliberal deseja a mínima interferência possível do Estado e, assim, certamente pressupõe as idéias de auto-regulação e auto-resolução dos conflitos, tendo a arbitragem como mecanismo próprio para tanto, e, dessa maneira, como parte da engrenagem para o desenvolvimento livre do mercado”.

⁷ Nada obstante a intensa controvérsia acerca dos mecanismos e dos limites da *judicial review* das decisões arbitrais, Segundo Rau (2005, p. 452), “Alone in the United States, I think, the category of ‘in arbitrable’ disputes is now a null set”. No mesmo sentido, anota Doré (2006, p. 486): “Under the currently entrenched view of the United States Supreme Court, virtually all disputes, including those asserting statutory or public rights, are subject to binding arbitration”.

desvencilhar de preconceitos e aparar as arestas que ainda contrapõem jurisdição e arbitragem.

É preciso, para tanto, compreender que

a resolução de conflitos nunca foi e provavelmente nunca será uma função exclusiva do Estado. A arbitragem privada e a mediação têm existido por tanto tempo quanto o sistema de justiça tradicional. Além, os participantes arbitrais têm acesso a numerosos mecanismos para ajudá-los a resolver seus litígios. A disponibilidade de meios alternativos de resolução de litígios implica que a sua resolução não é uma função exclusiva do Estado (COLE, 2005, p. 47).

Não se desconsideram as mais importantes críticas contra a utilização descontrolada ou desassistida dos métodos privados de composição de conflitos, pelos possíveis riscos que podem representar em relação à afirmação dos direitos fundamentais individuais e sociais, sobretudo tomando-se em consideração a tradição do Estado Social Brasileiro e sua retórica garantia de acessibilidade ampla, irrestrita, efetiva e célere à proteção jurisdicional⁸.

⁸ Em interessante síntese das essenciais críticas contra os métodos privados de resolução de conflitos, aponta Sternlight (2007, p. 570-571): “Argumenta-se que a privatização das resoluções de litígios é problemática porque o processo de criação do direito alcançado por via de julgamentos públicos e das decisões publicadas é necessário para proteger e garantir os direitos individuais. Da mesma forma, alguns críticos apontam que o tratamento privado da resolução de conflitos por via das ADR's, ao invés do sistema estatal, eliminaria uma relevante responsabilidade pública. Outros argumentam que o sistema de resolução de conflitos falha no que diz respeito a servir como importante função educacional quando é privatizado. Outra crítica comum é a de que o estabelecimento de processos de resolução de litígios enfraquece a posição dos membros menos poderosos da sociedade. Além disso, alguns criticam a informalização da resolução de disputas sobre o fundamento de que os preconceitos são mais propensos a manifestar-se em ambientes informais. Da mesma forma, alguns argumentam que as mulheres, tradicionalmente membros menos favorecidos da sociedade, podem ser menos protegidas pela mediação ou outros processos de ADR do que relativamente à jurisdição, especialmente em matéria de direito de família. Juntas, estas críticas podem ser vistas como um ataque aos meios alternativos de resolução de conflitos por minar o Estado de Direito”.

Todavia, sejam quais forem as *ameaças* potencialmente representadas pela arbitragem dentro do Estado Social, não parece lícito simplesmente preconizar a inutilidade ou a incompatibilidade de sua implementação como método efetivo e possivelmente acessível de regulação social e solução de conflitos. Vale dizer que referidas críticas relativas ao emprego da arbitragem devem ser assimiladas e compreendidas em um sentido verdadeiramente construtivo, viabilizando a criação e o aprimoramento de modelos arbitrais compatíveis com a diversidade dos conflitos passíveis de regulação ou solução arbitral.

Para além disso, nada parece desabonar a conclusão de que a concretização dos direitos e a afirmação da justiça também são objetivos possivelmente comuns à jurisdição e aos meios alternativos de resolução de conflitos. E isso parece corresponder à verdade tanto nos casos de arbitragens decididas com base em regras de direito interno ou externo quanto nas hipóteses de arbitragens decididas com base em regras de equidade.

Na base da aproximação entre jurisdição e arbitragem, como parece claro, estão o sentido e o alcance que se possam atribuir legitimamente à *justiça*, bem como o abandono da fixa ideia segundo a qual apenas do Estado e pelo Estado ela pode emanar⁹.

Não se trata de simplesmente optar (como se isso fosse concretamente possível) pela *ideologia do Estado mínimo ou pela ideologia do Estado Constitucional*, como se a distribuição da justiça pudesse estar

⁹ É a conclusão a que chega Sternlight (2007, p. 592): “Em suma, os esforços para incluir ADR como parte dos projetos do Estado de Direito intuitivamente reconhecem a importância da harmonia, reconciliação, equilíbrio e igualdade como partes de uma visão fundamental da justiça. Ao rotularmos projetos de meios alternativos de resolução de conflitos como projetos do próprio Estado de Direito, e usá-los para alcançar ou trabalhar para a pacificação, talvez estejamos começando a reconhecer que a nossa definição de justiça deve ser ampliada para incluir harmonia e igualdade social, tanto quanto os direitos individuais. Como Roscoe Pound explicou um século atrás, enquanto a lei pode servir à justiça, a justiça é mais ampla do que a lei. Aqueles que têm incluído ADR como parte dos projetos do Estado de Direito podem não ter conscientemente focado sobre o significado de justiça ou se a ADR e Estado de Direito podem se encaixar em uma definição de justiça. No entanto, a intuição que levou à expansão dos projetos do Estado de Direito pode nos ajudar a ampliar nossas investigações sobre a natureza da justiça, tanto aqui como no exterior”.

condicionada a uma espécie de confronto ideológico, pródigo em alicerçar exclusões, mas quase nunca inclusões¹⁰. Deve-se perceber, acima de tudo, que a opção pela arbitragem, tanto quanto por outros métodos alternativos de resolução de conflitos, revela uma natural migração para novos fóruns de debate sobre justiça, que passam a ser considerados tão legítimos quanto o da jurisdição estatal¹¹.

Resta avaliar, por outro lado, como referidos novos fóruns de disputa podem e devem ser compreendidos sempre em coordenação com o fórum estatal, diante da garantia fundamental da inafastabilidade do controle jurisdicional. Nesse sentido, os tribunais superiores Brasileiros têm protagonizado um papel verdadeiramente emancipador da arbitragem, o que anima projeções altamente positivas a respeito do presente e do futuro desse sistema, que promete ainda fazer jus à qualificação de *equivalente jurisdicional*¹².

¹⁰ Restaria destacar, nesse sentido, que logo no preâmbulo da Constituição Federal Brasileira restou consignado como seu objetivo fundamental “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”. Se o legislador Brasileiro apostou na arbitragem, conferindo-lhe tratamento avançado no sentido de se afirmar como mais um meio de solução de conflitos, parece evidente que consagrou com isso a viabilidade de distribuição da justiça também pela via arbitral.

¹¹ Na visão de Mattli (2001, p. 921), “as diversas instâncias de resolução de conflitos podem ser entendidas como indiretos produtos da seleção racional onde os atores selecionam aquelas instituições que são mais eficazes e adequadas para determinadas disputas”.

¹² O primeiro grande passo nesse sentido foi dado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da homologação da Sentença Estrangeira (SE n. 5.206), oportunidade em que foi apreciada incidentalmente a constitucionalidade de vários dos tópicos da lei de arbitragem, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Por maioria de votos, foi declarada sua constitucionalidade, tendo considerado o Tribunal que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o art. 5º, XXXV, da CF. Mais recentemente, reconheceu o Superior Tribunal de Justiça a competência do árbitro para a análise de tutelas coercitivas e cautelares, asseverando a participação excepcional e precária da

10.3 A opção regulatória da arbitragem

Não deixa de ser curioso perceber como o Brasil demorou imensamente para apostar efetivamente na solução de controvérsias pelas formas compositivas. De fato, até a edição da Lei n. 9.307/1996, em que pese a previsão da via arbitral no CPC, a inviabilidade de execução específica da cláusula compromissória e a necessidade de homologação judicial da decisão arbitral, por si só, já constituíam entraves suficientemente fortes para desestimular o uso da arbitragem.

A (re)configuração do modelo arbitral, produzida no país pela referida legislação, muito mais do que aprimorar e modernizar o instituto, inegavelmente traduziu e ainda traduz um indicador, uma sinalização no sentido da necessidade (muito antes até do que da mera possibilidade) de se canalizar por tal forma, tanto quanto possível, a solução dos conflitos.

Todavia, a sinalização legislativa em direção à arbitragem ainda não foi devidamente capturada, seja pelo legislador, seja pela própria sociedade civil Brasileira.

jurisdição estatal para tais assuntos, seja para viabilizar o cumprimento da decisão arbitral, seja para substituí-la provisoriamente enquanto não instaurado o Tribunal Arbitral, como se infere: “Direito Processual Civil. Arbitragem. Medida Cautelar. Competência. Juízo Arbitral Não Constituído. 1. O Tribunal Arbitral é competente para processar e julgar pedido cautelar formulado pelas partes, limitando-se, porém, ao deferimento da tutela, estando impedido de dar cumprimento às medidas de natureza coercitiva, as quais, havendo resistência da parte em acolher a determinação do(s) árbitro(s), deverão ser executadas pelo Poder Judiciário, a quem se reserva o poder de imperium. 2. Na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem. 3. Superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do Poder Judiciário e considerando que a celebração do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, os autos devem ser prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assumo o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão. 4. Em situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatende-se provisoriamente as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal; mas essa competência é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar. 5. Recurso especial provido” (REsp 1297974/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12/06/2012, DJe 19/06/2012).

Muito embora aparentemente exista um consenso no que diz respeito a serem os meios alternativos de solução de conflitos “o caminho a se seguir”, senão para a solução, ao menos para a minoração do problema relativo à virtual inacessibilidade e inefetividade da justiça estatal, paradoxalmente, planos e esforços acabam sendo concentrados na tentativa do reaparelhamento do Poder Judiciário e na reinvenção do processo judicial¹³.

Não se observa, por outro lado, similar esforço no sentido de fomentar o uso da arbitragem nas diversas áreas em que se revela viável, ou mesmo de implementar instituições arbitrais públicas, seguindo-se a experiência comparada¹⁴. Insiste-se em seguir a longa e comprovadamente frustrada tradição de garantir, a alto custo e com duvidosa efetividade, a jurisdicionalização de todo e qualquer conflito de interesses.

A seu turno, a sociedade civil também parece ainda não ter sido despertada para todas as alternativas francamente abertas pela legislação constitucional e infraconstitucional, no rumo do emprego da arbitragem. À base de tal sonolência está a falta de informação adequada a respeito da existência e das vantagens desse método compositivo, bem como a carência de instituições arbitrais que se coloquem à disposição dos cidadãos mediante a promessa de soluções justas, rápidas e pouco custosas (quando não gratuitas).

Não fosse o bastante a desinformação, as amarras da tradição forense ainda disseminam boa dose de reacionarismo, fundado na desconfiança e na insegurança geradas por uma propalada “quebra” do

¹³ Para além da busca por maiores e melhores estruturas para o Poder Judiciário (criação de juizados especiais, novas varas, novos Tribunais, aumento do número de magistrados e servidores), um novo Código de Processo Civil foi sancionado no Brasil — trata-se da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.

¹⁴ Nesse sentido, destaque-se a experiência do Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Lisboa, uma associação sem fins lucrativos declarada de utilidade pública e fundada, em 1989, conjuntamente por entidades públicas e privadas. Seu Tribunal Arbitral presta serviços de informação e de resolução de conflitos entre consumidores e agentes econômicos conveniados (com cerca de 1.740 adesões de empresas até 2014), com origem em *conflitos de consumo* relativos à aquisição de bens ou serviços em estabelecimentos situados em quaisquer municípios da *Área Metropolitana de Lisboa*, cujo valor não ultrapasse 5.000 euros.

monopólio jurisdicional estatal e pela suposta ascendência de um renovado liberalismo.

Subsiste, também, uma forte convicção no sentido de se enxergar o Poder Judiciário (representado pela figura do magistrado, cercado de todas as prerrogativas inerentes ao desempenho das funções judicantes) como o único ou o mais indicado intermediário para a distribuição da justiça, sobretudo nos casos em que o conflito intersubjetivo revela reconhecidas e substanciais disparidades entre os litigantes (v.g., litígios trabalhistas e de consumo). Em tais hipóteses, sob a premissa de que a hipossuficiência de uma das partes simplesmente inviabilizaria a plena e livre manifestação de vontade para a vinculação a uma convenção arbitral, ainda tem vingado no Brasil uma orientação restritiva, contrária ao emprego da arbitragem.

Por raciocínio similar, enfim, entende-se que a arbitragem, ainda compreendida como “negócio privado das partes”, jamais poderia ser imaginada quando presente qualquer pretensão assimilável à categoria de *interesse público*, na medida em que somente o Estado-juiz seria capaz de tutelá-lo com segurança e estaria constitucionalmente legitimado para tanto. Nesses casos, o argumento da indisponibilidade do direito material é costumeiro e simplistamente utilizado como obstáculo intransponível e definitivo para qualquer alusão à arbitragem.

Contra a disseminação do emprego da arbitragem em larga escala, é possível apontar, ainda, a existência de um notável *preconceito elitista*, responsável pela fixação de premissas que merecem ser repensadas sob perspectivas bem menos egoístas.

Assim, v.g., não é incomum ouvir que a arbitragem só seria indicada para solucionar conflitos envolvendo grandes corporações, complexidade fática e jurídica, necessidade de manutenção de sigilo, apurada especialização dos árbitros, reconhecido histórico, tradição e respeitabilidade das instituições arbitrais¹⁵. Com base nisso, conclui-se apressa-

¹⁵ Segundo Marinoni (2014b, p. 21), “A arbitragem, além de voltada apenas para direitos patrimoniais disponíveis, é idealizada para direitos pertencentes a uma *classe bastante restrita da população — que pode pagar pelos seus custos —*, preocupada com a solução de controvérsias que dizem respeito a um mundo particular, em que avultam os grandes negócios, marcados

damente que a arbitragem constituiria um instrumento excepcional, não voltado ao grande público e inapto a solucionar os prosaicos conflitos do dia a dia, mas sim uma excepcional e elitista via criada para resolver, em segredo e a altos custos, os conflitos privados surgidos no âmbito de poderosos setores econômicos¹⁶.

Diante dessa perspectiva nada promissora ao pleno desenvolvimento da arbitragem, questões concernentes à possível arbitrabilidade de conflitos oriundos das mais diferentes relações jurídicas classicamente reputadas como *privadas* (tais como as consumeristas e trabalhistas), ou até mesmo *públicas* (tais como as ambientais, tributárias, previdenciárias e tipicamente administrativas), poderiam parecer simplesmente inadequadas, impróprias, descabidas.

10.4 Releitura conceitual da arbitragem

Nesse sentido, com espanto e desconfiança certamente reagiria o jurista nacional, ao ser confrontado com uma possível associação entre a arbitragem e as ações coletivas, ou melhor, a viabilidade de uma arbitragem ser processada e decidida de forma coletiva, em típica tutela de interesses ou direitos metaindividuais e individuais homogêneos: *uma arbitragem coletiva*.

por *peculiaridades próprias*, geralmente desconhecidas pelo juiz estatal, mas plenamente conhecidas por profissionais particulares a elas acostumados” (grifos do original).

¹⁶ A distorção gerada pela visão da arbitragem como um meio excepcional já fora apontada antes por Reale (2014): “Se não me engano, é crença predominante, nos círculos empresariais, e até mesmo na classe dos advogados, de que o processo de arbitragem seria mais propriamente destinado aos negócios internacionais, e quando estiverem em jogo questões de apurada técnica, cujo julgamento exija altos conhecimentos especializados tanto dos peritos, que geralmente atuam no foro, quanto dos magistrados. Ora, se há algo que vai adquirindo cada vez maior consistência, no mundo contemporâneo, é a *opção normal* — ou seja, não excepcional — da arbitragem como processo para resolver qualquer espécie de conflito entre as partes de contratos de significativo valor, desde que se trate, é óbvio, de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (grifo do original).

Com semelhante espanto, ainda, poderia-se receber a ideia de arbitragens promovidas por entidades estatais, tais como o Ministério Público, as Câmaras Legislativas Municipais e Estaduais, os Procons ou as Instituições de Ensino Superior (universidades federais e estaduais). Em que pese a aparente *contraditio in terminis* produzida pela expressão, as arbitragens públicas possuem ampla justificação sob os pontos de vista social, político, jurídico e econômico, para além de já serem uma realidade bem-sucedida na experiência internacional.

Na mesma linha provocativa, pouco ou nada se diz sobre as possíveis consequências expansionistas e/ou transformadoras acarretadas pela admissão da intervenção arbitral, a título de *amicus curiae*, de entidades estatais institucionalmente encarregadas da proteção do interesse público — tais como o Ministério Público, a Defensoria Pública ou os Tribunais de Contas. Encontrar-se-ia aí, talvez, algum caminho para que determinados interesses públicos pudessem ser arbitrados.

Como se percebe, por detrás do instituto da arbitragem e de sua ainda recente regulamentação no Brasil, há muito espaço para se avançar, muitas fronteiras a serem ultrapassadas e exploradas. Na mesma proporção, evidentemente, estão as perplexidades geradas.

O grande desafio que se apresenta, pois, está relacionado à necessária *(re)descoberta da arbitragem*, se é que se deseja realmente fazê-la atuar como forma compositiva eficiente e, senão genérica como a jurisdicional, ao menos compatível com a premência do adequado funcionamento dos meios de acesso à justiça.

Nesse sentido, parece imprescindível uma constante *releitura* ou *revisão conceitual* do instituto da arbitragem, compreendido tradicionalmente como um verdadeiro negócio privado, um instrumento comprometido unicamente a fazer atuar a “vontade privada das partes”.

Essa “inabalável verdade”, entretanto, parece não resistir à força da experiência arbitral internacional, que aponta para o redimensionamento do instituto, não sem que para tanto deva se sujeitar a modificações estruturais e procedimentais, a fim de acomodar a igualmente renovada compreensão do significado de devido processo legal.

Combatendo-se a desinformação, o referido *preconceito elitista*, assim como o anacrônico paternalismo que impede ou restringe a arbitralidade de determinadas relações jurídicas naturalmente conflituosas, cria-se um ambiente bastante profícuo para a redefinição da utilização da arbitragem no Brasil, tanto em âmbito individual como, possivelmente, coletivo. Ao menos em termos econômicos, aliás, tal ambiente já existe.

Lançando-se mão de um raciocínio bastante simples e direto, a conflituosidade é reconhecidamente um fenômeno social intimamente atrelado a fatores econômicos. Nesse sentido, recentes indicadores econômicos ainda destacam o Brasil como um dos países mais emergentes em todo o mundo, figurando já entre as dez maiores economias globais¹⁷. Os desafios derivados dessa projeção econômica internacional certamente passam pela revisão do sistema de justiça e pela séria aposta em mecanismos mais eficientes de composição de conflitos. Disso advém o imenso campo que se abre para a arbitragem no país.

Aliás, não deixa de surpreender o fato de já ser o Brasil o terceiro país que mais recorre a tal sistema perante a mais importante Câmara de Comércio Internacional, assim como a frequência com a qual as cláusulas arbitrais têm sido inseridas nos contratos empresariais nacionais e internacionais. Não há como negar, pois, o surgimento de uma verdadeira *cultura arbitral* em setores significativos, ainda que para a resolução de conflitos tipicamente empresariais ou comerciais.

Os números parecem altamente estimulantes quanto ao futuro da arbitragem Brasileira. Resta-nos, contudo, confirmá-los mediante a remoção dos entraves costumeiramente lançados contra a generalização de seu emprego, sobretudo porque afeiçoam-se muito mais de ordem ideológica do que propriamente técnica.

Uma vez assimilada a necessidade de *coordenação*, e não de *contraposição*, entre jurisdição e arbitragem, voltada a um mesmo e único papel instrumental de acessibilidade à justiça para resolução de

¹⁷ Conforme dados do Fundo Monetário Internacional (2013), em 2012 o Brasil foi considerado a 7ª maior potência econômica, com um produto interno bruto (PIB) de cerca de US\$ 2,396 trilhões. As projeções mais otimistas, por outro lado, colocam o país entre as cinco maiores economias até o ano de 2018.

controvérsias e afirmação dos direitos, abre-se um imenso campo de especulação jurídica, que desafia uma interpretação *construtivista* de novos espaços, novos procedimentos, novas formas de atuação da própria sociedade civil para a solução de seus problemas.

Sem desconsiderar — mas, antes, compreender e sopesar — as diferenças essenciais entre jurisdição e arbitragem, toda a ideologia que permeia suas concepções estruturais, suas vantagens e desvantagens (custo-benefício), enfim, os riscos assumidos pela adoção de um método ou de outro, é hora de encontrar uma possível e adequada simbiose que permita abrir caminhos, e não os fechar.

Se o que realmente importa é, ao fim das contas, encontrar soluções para a crise decorrente da injustiçabilidade — e não agravá-la ainda mais —, o compromisso que devemos assumir é o da (re)construção de sistemas eficientes de solução de conflitos, e não o da implosão dos modelos estatais e privados mediante a desconstrução da jurisdição ou da arbitragem.

Nesse contexto, a construção de um *modelo arbitral inclusivo*, e não exclusivo, ainda que mediante a utilização de técnicas de fiscalização legitimadoras do procedimento e das decisões arbitrais, passa a ser o grande desafio que se apresenta no Brasil.

De fato, da mesma forma pela qual se verifica na mais moderna doutrina, e mesmo na experiência arbitral internacional, a preocupação cada vez maior com a adoção de métodos legitimadores da arbitragem, na medida em que passa a ser utilizada para a solução de conflitos direta ou indiretamente relacionados a direitos civis, direitos humanos, interesses sociais relevantes ou interesses públicos, assim também devemos caminhar.

10.5 Arbitragem coletiva no Brasil?

Mediante as premissas construtivistas do sistema arbitral antes lançadas, parece plenamente possível analisar a viabilidade do emprego da arbitragem para a solução de conflitos envolvendo interesses ou

direitos metaindividuais ou individuais homogêneos, expressamente conceituados no Brasil no art. 81 da Lei n. 8.078/1990.

Nesse campo, aliás, o Brasil é reconhecido mundialmente não só por possuir um dos mais avançados modelos legislativos de tutela jurisdicional coletiva em vigor, como também pela excelência de sua doutrina processual, considerada uma das mais importantes entre os países de *civil law*.

Disso decorre, portanto, a pertinência e a relevância do estudo que ora se propõe, notavelmente impulsionado por uma interessante conjunção de fatores.

De um lado, verifica-se a existência de um sistema processual especificamente voltado à tutela coletiva, a experiência forense acumulada desde a massificação do ajuizamento de demandas coletivas (segunda metade da década de 1980), a densidade dos estudos doutrinários e as novas perspectivas criadas por Projetos de Lei pelos quais se pretende implementar um sistema único de processos coletivos. De outro lado, uma recente e moderna legislação que sinaliza para a viabilidade do emprego da arbitragem em diversas áreas ainda inexploradas ou subexploradas (inclusive para a solução de típicos conflitos que envolvem interesses individuais homogêneos), a gradativa afirmação do instrumento no âmbito jurisprudencial e a já consagrada e crescente utilização do método arbitral no meio empresarial.

Some-se a tais fatores, por fim, a histórica crise (quantitativa e qualitativa) que não se resume à mera acessibilidade à justiça, mas que também diz respeito à própria forma de prestação da tutela jurisdicional no país, extremamente agravada pelo absurdo crescimento e complexidade da litigiosidade, e que parece exigir, pragmaticamente, soluções de massa.

Disso resulta um ambiente bastante propício para a discussão acerca do espaço a ser ocupado pelos meios alternativos de solução de conflitos, entre os quais está a arbitragem.

A associação entre arbitragem e tutela coletiva já pode ser considerada uma realidade no sistema norte-americano, onde as *class arbitrations* possuem regulamentação própria (American Arbitration Association) e têm sido crescentemente empregadas para solucionar conflitos envolvendo pretensões individuais homogêneas, eminentemente ligadas a relações trabalhistas e de consumo.

Aliás, observando-se a longa e bem-sucedida experiência arbitral norte-americana, é possível afirmar uma inequívoca tendência à admissão da resolução arbitrada de toda e qualquer espécie de conflitos, inclusive de muitos daqueles reservados tradicionalmente à jurisdição estatal.

No campo das pretensões ontologicamente metaindividuais, como exemplarmente são as pertinentes à proteção da qualidade do meio ambiente e do patrimônio cultural, também já têm sido propostas ou ao menos imaginadas soluções arbitrais, sobretudo em âmbito internacional.

A toda evidência, a possibilidade, a funcionalidade e a utilidade das arbitragens coletivas não deixam de despertar inúmeras e delicadas discussões técnicas, sobretudo relacionadas a uma impensável, ou senão alquímica, agregação entre valores aparentemente inconciliáveis que permeiam um instituto (arbitragem) e outro (ações coletivas).

Com efeito, as contraposições consensualismo *versus* legalismo, autonomia negocial *versus* tutelabilidade estatal, individualismo *versus* coletivismo, disponibilidade *versus* indisponibilidade da pretensão de direito material, interesses privados *versus* interesses públicos, sigilo *versus* publicidade e liberdade procedimental *versus* devido processo legal poderiam implicar, aprioristicamente, a imediata recusa do cabimento de arbitragens coletivas.

Mas se é assim, por que insistir na avaliação de um tão improvável casamento entre arbitragem e tutela coletiva?

Ao menos nos Estados Unidos da América, a resposta parece clara. Na verdade, as *class arbitrations* impuseram-se (ou vêm se impondo) contingencialmente, por força da tentativa de fuga, por parte das empresas, do sistema das *class actions* e de tudo o que elas podem representar no sistema norte-americano¹⁸.

Na medida em que, nos contratos de consumo e de trabalho, foram sendo frequentemente inseridas cláusulas compromissórias de arbitragem — a princípio idealizadas para a eventualidade do surgimento de conflitos individuais entre consumidor e fornecedor ou entre empregado e

¹⁸ Deve-se recordar, nesse sentido, a possibilidade de incidência das temidas *punitive damages* em ações de classe, em hipóteses nas quais a responsabilidade civil funda-se no dolo ou no alto grau de reprobabilidade da ação ou da omissão do demandado.

empregador —, a experiência acabou demonstrando que, ao fim das contas, alguns dos mesmos velhos conhecidos obstáculos de acessibilidade à jurisdição estatal simplesmente estavam sendo impostos, silenciosamente, também por via das convenções arbitrais. De fato, dificilmente algum consumidor ou trabalhador estaria disposto ou seria economicamente motivado a iniciar um procedimento arbitral para perseguir, individualmente, indenizações que muitas vezes sequer compensariam os ônus do acesso (*small claims*).

Foi justamente a partir da verificação de tal manipulação e da necessidade de viabilizar o efetivo acesso à justiça que árbitros e instituições arbitrais norte-americanas começaram a admitir o uso coletivo da arbitragem, certificando coletivamente determinadas pretensões, que se revelavam comuns (por questões de fato e de direito), a uma pluralidade de indivíduos que também já mantinham com o arbitrado similares convenções arbitrais. Foi por força da práxis, assim, que a mais importante Instituição Arbitral (American Arbitration Association — AAA) acabou regulamentando o procedimento das arbitragens coletivas, com nítida inspiração na legislação federal que rege as *class actions*¹⁹.

A partir do momento em que as empresas começaram a inserir expressamente nas cláusulas compromissórias o descabimento de arbitragens coletivas, diversas Cortes norte-americanas foram provocadas para o fim de declarar a abusividade de tal conduta, o que vem gerando importantes precedentes nesse sentido, inclusive por parte da Suprema Corte.

No Brasil, por outro lado, a discussão sobre arbitragens coletivas só não aflorou ainda em virtude da existência de um indisfarçável *preconceito* — ao qual já fizemos remissão —, responsável direto pela falta de percepção a respeito da viabilidade da utilização dos meios alternativos de resolução de conflitos que envolvem típicas pretensões individuais homogêneas.

Isso não torna o assunto, todavia, de menor interesse para o sistema Brasileiro de acesso à justiça. Muito pelo contrário. Tal como ocorreu na experiência dos Estados Unidos da América, tudo leva a crer que,

¹⁹ *Supplementary Rules for Class Arbitrations*, adotadas pela American Arbitration Association desde 2003.

superados os obstáculos ideológicos, as técnicas de conciliação, mediação e arbitragem passem a ganhar destaque para a solução de conflitos de massa, sendo empregadas por via de técnicas coletivas.

No campo dos direitos transindividuais, aliás, o emprego da arbitragem, apesar de extremamente complexo, não deveria ser descartado de plano, a partir de um raciocínio apressado e rasteiro a respeito da indisponibilidade dos interesses ou direitos difusos e coletivos.

Em que pese todo o preconceito ainda existente, a verificação das possibilidades de arbitragens em matérias de meio ambiente, patrimônio público, patrimônio histórico e cultural, entre outros, deve ser francamente fomentada.

Nesse sentido, no âmbito do Projeto de Lei n. 5.193/2009, que pretendia criar um sistema único de processos coletivos no Brasil, há expressa previsão do emprego dos métodos alternativos de composição²⁰.

Estamos convencidos de que a arbitragem, no Brasil, é e poderá ser exatamente aquilo que pretendamos que seja como instrumento resolutorio. Não nos conforma ou conforta a ideia preconcebida de que haja determinados territórios rigidamente delimitados para seu emprego e outros absolutamente impedidos de empregá-la, sobretudo sob justificativas ideológicas ou procedimentalistas, absolutamente alienadas da realidade e das necessidades de acessibilidade à justiça.

Referências

COLE, S. R. Arbitration and State Action. *Brigham Young University Law Review*, v. 2005, issue 1, mar. 2005.

²⁰ Conforme prevê o §1º do art. 19 do referido Projeto de Lei, por ocasião da realização da audiência preliminar, “O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da ação e tentará a conciliação, sem prejuízo de outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro, observada a natureza disponível do direito em discussão”. De igual forma, recente proposta de Resolução no âmbito do Conselho Superior do Ministério Público, a qual dispõe sobre a política nacional de incentivo à auto-composição no âmbito do Ministério Público, prevê a possibilidade de implementação de negociação, mediação e conciliação a envolver interesses ou direitos metaindividuais.

DORÉ, L. K. Public courts versus private Justice: it's time to let some sun shine in on alternative dispute resolution. *Chicago-Kent Law Review*, v. 81, 2006.

FISS, O. Alternative dispute resolutions debated. *The Connecticut Law Tribune*, 17 mar. 1986.

INTERNACIONAL MONETARY FUND (Fundo Monetário Internacional). *Brazil and the IMF*. 2013. Disponível em: <www.imf.org>. Acesso em: 10 abr. 2014.

MARINONI, L. G. A jurisdição no Estado Constitucional. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br>>. Acesso em: 2 mar. 2014a.

MARINONI, L. G. *Rápidas observações sobre arbitragem e jurisdição*. Disponível em: <http://processoemdebate.files.wordpress.com/2010/09/arbitragem-e-juris-dicao_marinoni.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2014b.

MATTLI, W. Private Justice in a global economy: from Litigation to Arbitration. *International Organization*, v. 55, n. 4, Autumn 2001.

RAU, A. S. The culture of American Arbitration and the lessons of ADR. *Texas International Law Journal*, v. 40, 2005.

REALE, M. *Crise da justiça e arbitragem*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br>>. Acesso em: 5 abr. 2014.

STERNLIGHT, J. R. Is alternative dispute resolution consistent with the rule of law? Lessons from abroad. *Research Paper 08-12*, University of Nevada, Las Vegas, Apr. 12, 2007.

WEBB, J. Arbitration: semi-judicial process or negotioation? *Current Psychological Reviews*, v. 2, p. 265, 1992.

A ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL¹

Thaís G. Pascoaloto Venturi

11.1 Introdução

Em grande parte, a aproximação entre o Direito e a Economia historicamente foi moldada tendo como substrato o tema da responsabilidade civil².

Assim, a premissa fundamental lançada pelo referido movimento nesse campo do Direito ressalta que “a primeira função das regras de responsabilidade é a de influenciar no comportamento futuro,

¹ Adaptado da tese de doutoramento da autora (VENTURI, 2012).

² Segundo relato histórico empreendido por Battesini e Balninotto (2010), é possível constatar a estreita ligação do movimento da *law and economics* com o direito da responsabilidade civil. Citam, para tanto, as obras de: Victor Mataja (*A Lei de Compensações sob o ponto de vista econômico* (1888)); Arthur Pigou (*The Economics of Welfare* (1920)); Ronald Coase (*The Problem of Social Cost* (1960)); Guido Calabresi (*Some Thoughts on Risk-Distribution and the Law of Torts* (1961) e *The Cost of Accidents, a Legal and Economic Analysis* (1970)); Pietro Trimarchi (*Rischio e Responsabilità Oggettiva* (1961) e *The Logic of Law* (1971)); Richard Posner (*A Theory of Negligence* (1972), *Strict Liability: a Comment* (1973) e *Economic Analysis of Law* (1973)); John Brown (*Toward an Economic Theory of Liability* (1973)); Steven Shavell (*Strict Liability versus Negligence* (1980)); Mitchell Polinsky (*Strict Liability vs. Negligence in a Market Setting* (1980)); William Landes e Richard Posner (*The Positive Theory of Tort Law* (1981)); Mark Grady (*A New Positive Economic Theory of Negligence* (1983)); Steven Shavell (*Economic Analysis of Accident Law* (1987)); e William Landes e Richard Posner (*Economic Structure of Tort Law* (1987)). Todas as referidas obras, com enfoques obviamente bem distintos, tem em comum o fato de intentar a construção de teorias a respeito da responsabilidade civil sob o ponto de vista da racionalidade econômica.

tanto dos potenciais agressores como das eventuais vítimas” (MATHIS, 2009, p. 68)³.

Conforme assinala Garoupa (2014),

Numa perspectiva econômica, uma regra de responsabilidade civil é eficiente se os benefícios sociais superam os custos de determinação dessa mesma responsabilidade e da indenização. O benefício social de impor uma determinada regra de responsabilidade não é a compensação das vítimas, uma vez que existem formas mais eficientes (e.g., seguro privado num contexto de uma economia de mercado eficientemente regulada) de indenizar a vítima do que o sistema legal, mas evitar ou dissuadir comportamentos que possam causar acidentes. Desta forma uma regra de responsabilidade é eficiente se tem uma influência assinalável na diminuição da taxa de acidentes.

Entre os vários aspectos abordados pela análise econômica no campo da responsabilidade civil, podem-se enumerar: a escolha entre as regras de responsabilidade subjetiva e de responsabilidade objetiva; a solução para o problema das externalidades negativas (DAHLMAN, 1979)⁴; os instrumentos para evitar o dano social mais grave; a estruturação do sistema jurídico de forma a propiciar aumento da eficiência alocativa na economia (CALABRESI, 1968); a análise da

³ Conforme Mathis (2009, p. 69), “Economic analysis is an ex ante analysis, whereas the legal perspective is an ex post analysis. When they assess an instance of damages, economists are not primarily interested in the incident that has already occurred, but in those that might arise in the future. They are concerned with the precedent effect of the law”. Tradução livre: “Análise econômica é uma análise *ex ante*, enquanto a perspectiva jurídica é uma análise *ex post*. Quando avaliam o exemplo dos danos, os economistas não estão interessados primariamente no incidente que já ocorreu, mas naqueles que podem surgir no futuro. Eles estão preocupados com o efeito precedente do direito”.

⁴ E, ainda, segundo Ribeiro e Galeski Júnior (2009, p. 100): “[...] em regra, as partes que realizam intercâmbios voluntários assumem todos os custos e aproveitam todos os benefícios. Todavia, há determinados comportamentos que afetam a determinados sujeitos, piorando sua situação sem que sejam compensados mediante indenização dos prejuízos. Essas situações em que as atividades econômicas desenvolvidas por um ou mais indivíduos produzem efeitos sobre outro ou outros são marcadas por externalidades”.

eficiente alocação dos custos dos acidentes (LANDES, 1982); a análise do custo-benefício para evidenciar o conteúdo econômico da negligência; e a análise econômica positiva do nexo causal, do nexo de imputação e do dano.

Dessa forma, exemplificativamente, a Análise Econômica do Direito suscita a responsabilidade pela prevenção dos danos, tanto por via do sistema de imputação da responsabilidade subjetiva como por via do sistema de imputação objetiva.

Na primeira hipótese, que pressupõe a determinação da culpa do ofensor, com base na “Regra de Hand” é possível avaliar a ocorrência ou não da negligência⁵ (e, portanto, da culpabilidade) a partir da análise do cumprimento ou não dos deveres de conduta razoavelmente exigíveis para se evitar a produção do dano a menores custos⁶. Por outro lado, a adoção de um regime

⁵ “Negligence is one of fundamental concepts of tort law. Its basic meaning is the failure to take appropriate measures to avoid accidents. Hence a negligence rule contains a legal standard of care to which everyone must comply in a given situation in order to avoid liability. However, like most legal notions, its precise meaning of care and interpretation varies from country to country because the meaning of care is actually quite vague. Care can refer to ‘due level of care’, the ‘care of a reasonable man’, or the ‘ordinary care owed to some other person’. What is important, however, is that from an economic point of view, the liability for negligence should provide efficient incentives to the victim and to the injurer to avoid the damage in the first place. This means that the standards of care used in negligence rules should conform to the marginal Learned Hand Criterion” (SCHÄFER; OTT, 2004, p. 137). Tradução livre: “Negligência é um dos conceitos fundamentais da responsabilidade civil. Seu significado básico é a falha para tomar medidas adequadas para evitar acidentes. Assim, uma regra de negligência contém um standard de cuidado a que todos devem obedecer, em uma dada situação, a fim de evitar a responsabilidade. No entanto, como noções legais, o significado preciso de cuidado e interpretação varia de país para país porque o significado de cuidado é realmente muito vago. Cuidados podem se referir a ‘devido nível de cuidado’, o ‘cuidado de um homem razoável’ ou o ‘cuidado ordinário devido a alguma outra pessoa’. O que é importante, porém, é que, a partir de um ponto de vista econômico, a responsabilidade por negligência deve fornecer incentivos eficientes para a vítima e para o agressor evitar o dano em primeiro lugar. Isso significa que os padrões de cuidado utilizados nas regras de negligência devem estar de acordo com o critério marginal da Learned Hand”.

⁶ “Foi a partir do caso *United States v. Carroll Towing Company* em que, na baía de New York, um pequeno barco transportador, denominado *Anna C*, de propriedade da empresa *Connors Company*, carregado com farinha de trigo, comprada pelo Governo dos Estados Unidos,

de imputação objetiva da responsabilidade é capaz de produzir um aumento da precaução social, com vistas a evitar os acidentes.

O que parece certo, contudo, é o fato de que todos os referidos assuntos relacionados com o Direito da responsabilidade civil são enfrentados pela doutrina da *Law and Economics* a partir de uma premissa lógica e racional, segundo a qual a prevenção dos danos deve ocupar o lugar central de qualquer sistema de direitos.

11.2 Análise econômica da responsabilidade civil: a prevenção dos danos

Segundo a análise econômica, o benefício social representado pela aplicação das regras de responsabilidade civil não é o de compensar a vítima, mas sim o de evitar ou dissuadir condutas que possam causar acidentes (GAROUPA, 2014).

O deslocamento da função reparatória para a função preventiva, aliás, vem sendo destacada pela doutrina da *Law and Economics* como uma realidade inegável, visto que “se o sistema da responsabilidade civil possui um verdadeiro propósito atualmente,

afundou, com perdas totais do barco e do carregamento, após soltar-se do cais no qual se encontrava amarrado, juntamente com outros barcos da mesma espécie, vindo a colidir com um cargueiro cuja hélice provocou danos em sua estrutura, danos esses que redundaram no seu afundamento. Apurou-se que, não obstante o *Anna C* estivesse adequadamente amarrado ao píer, soltou-se em razão de bruscos movimentos feitos por um rebocador denominado Carroll, e pertencente à companhia *Carroll Towing Company*, que tentava rebocar um barco transportador contíguo. A empresa proprietária do *Anna C*, assim como o Governo dos Estados Unidos, processou a companhia proprietária do rebocador, responsabilizando-a pelo afundamento. Ao julgar a causa, o Juiz Learned Hand responsabilizou a *Carroll Towing Company* pelas despesas resultantes do desprendimento do *Anna C*, mas não por todas as despesas do afundamento, que foram repartidas, isto porque considerou também culpada a *Connors Company*, pelo fato de não ter mantido ao menos um tripulante no *Anna C*, o que certamente teria evitado o acidente” (EPSTEIN, 1947 apud BATTESINI, 2011, p. 207, grifos do original). Consultar, ainda: Schafer e Ott (2004, p. 135).

deve estar ligado à criação de incentivos para a redução dos riscos”, com o que se consegue alcançar o benefício social esperado do instituto (SHAVELL, 2004, p. 268)⁷.

Fundado na racionalidade econômica preventiva, voltada à averiguação de quem poderia evitar os danos a um menor custo, Calabresi (1968), um dos grandes responsáveis pelo prestígio que a Análise Econômica do Direito adquiriu a partir da década de 1970, ao analisar a responsabilidade civil sob a óptica dos “custos dos acidentes”, criticou o sistema de responsabilidade fundado na culpa. Preconizou a adoção de regras simples e diretas, concebidas com base na ideia de menor custo de prevenção (princípio do *cheapest cost avoider*), ou seja, recaindo a responsabilidade sobre o sujeito que poderia ter evitado o acidente a custos menores, pois poderia tê-lo feito e não o fez.

Assim sendo, considerando que as normas de responsabilidade civil atuam como sistema de incentivos à adoção de condutas preventivas pelas partes envolvidas em situação de risco, Calabresi já apontava a existência de ao menos cinco fundamentos para validar o *emprego de meios de prevenção em um sistema de responsabilidade civil*, concernentes: I) à ignorância dos particulares a respeito do que mais lhes convém; II) aos custos de acidentes não reduzíveis a dinheiro; III) aos juízos morais envolvidos; IV) às limitações intrínsecas à teoria da repartição dos recursos; e V) à necessidade de a prevenção influenciar, eficazmente, certas atividades e atos (CALABRESI, 1984, p. 107-118).

Constata-se, a partir disso, que, na perspectiva da Análise Econômica do Direito, a grande vantagem social da responsabilidade civil é a de prevenir danos, pois, para Calabresi (1984, p. 36),

A teoria econômica pode sugerir um método de adotar decisões: o mercado, por exemplo. Não obstante, as alternativas nas quais se enfrentam vidas humanas e razões monetárias ou de conveniência

⁷ Tradução livre. No original: “If the liability system has a real purpose today, it must lie in the creation of incentives to reduce risk”.

nunca podem reduzir-se a termos pecuniários, e por isso nunca usamos o mercado como método único.⁸

A prevenção, portanto, sempre esteve na base do pensamento da *Law and Economics*.

Nesse sentido, já na célebre obra de Calabresi e Melamed (1972), é possível inferir a noção de prevenção contra a ocorrência de acidentes. Segundo referidos autores, o Direito seria protegido por três tipos de regras, quais sejam, regras de propriedade⁹, de respon-

⁸ Tradução livre. No original: “La teoría económica puede sugerir un método de adoptar decisiones: el mercado, por ejemplo. No obstante, las alternativas en las que se enfrentan vidas humanas y razones monetarias o de conveniencia nunca pueden reducirse a términos pecuniarios, y por ello nunca usamos el mercado como método único”.

⁹ “An entitlement is protected by a property rule to the extent that someone who wishes to remove the entitlement from its holder must buy it from him in a voluntary transaction in which the value of the entitlement is agreed upon by the seller. It is the form of entitlement which gives rise to the least amount of state intervention: once the original entitlement is decided upon, the state does not try to decide its value. It lets each of the parties say how much the entitlement is worth to him, and give the seller a veto if the buyer does not offer enough. Property rules involve a collective decision as to who is to be given an initial entitlement but not as to the value of the entitlement” (CALABRESI; MELAMED, 1972, p. 1092). Tradução livre: “Um direito é protegido por uma regra de propriedade na medida em que alguém que deseja remover o direito de seu titular deve comprá-lo em uma transação voluntária na qual o valor do direito for acordado com o vendedor. Essa é uma forma de titularidade que dá origem a um mínimo de intervenção estatal: uma vez decidida a titularidade original do direito, o Estado não intenta decidir seu valor. Ele permite que cada uma das partes manifeste quanto vale o direito para si mesma e outorga ao vendedor um veto se o comprador não oferece o suficiente. As regras de propriedade implicam uma decisão coletiva a respeito de a quem deve ser dado o direito inicial, mas não quanto ao valor desse direito”.

sabilidade¹⁰ e de inalienabilidade¹¹, e o problema essencial inerente ao exercício de tais regras seria aquele concernente a sua titularidade e legitimidade, pois cada vez que o Estado-juiz enfrenta um conflito de interesses, ele deve decidir qual das partes favorecer¹².

¹⁰ “Whenever someone may destroy the initial entitlement if he is willing to pay an objectively determined value for it, an entitlement is protected by a liability rule. This value may be what it is thought the original holder of the entitlement would have sold it for. But the holder’s complaint that he would have demanded more will not avail him once the objectively determined value is set. Obviously, liability rules involve an additional stage intervention: not only are entitlements protected, but their transfer or destruction is allowed on the basis of a value determined by some organ of the state rather than by the parties themselves” (CALABRESI; MELAMED, 1972, p. 1092). Tradução livre: “Sempre que alguém pode destruir um direito inicial, se está disposto a pagar por um valor objetivamente determinado, tal direito está protegido por uma regra de responsabilidade. Esse valor pode ser aquele estimado pelo titular original do direito para sua venda. Mas a reclamação do titular de que ele deveria ter exigido mais não o ajudará, uma vez que o valor objetivamente determinado está fixado. Obviamente, as regras de responsabilidade implicam um passo adicional de intervenção estatal: não apenas se protegem os direitos, mas a sua transferência ou destruição é permitida com base em um valor determinado por algum organismo do Estado, em vez das próprias partes”.

¹¹ “An entitlement is inalienable to the extent that its transfer is not permitted between a willing buyer and a willing seller. The state intervenes not only to determine who is initially entitled and to determine the compensation that must be paid if the entitlement is taken or destroyed, but also to forbid its sale under some or all circumstances. Inalienability rules are thus quite different from property and liability rules. Unlike those rules, rules of inalienability not only ‘protect’ the entitlement; they may also be viewed as limiting or regulating the grant of the entitlement itself” (CALABRESI; MELAMED, 1972, p. 1092-1093). Tradução livre: “Um direito é inalienável na medida em que sua transferência está proibida entre um comprador e um vendedor interessados. O Estado intervém não apenas para determinar quem possui inicialmente um direito e a compensação que deverá ser paga se o direito for tomado ou destruído, mas também para proibir sua venda em algumas ou todas as circunstâncias. As regras de inalienabilidade são, portanto, bastante distintas das regras de propriedade e das de responsabilidade. Ao contrário dessas regras, as regras de inalienabilidade não apenas protegem o direito: elas também podem ser consideradas como limitadoras ou reguladoras da concessão do direito em si”.

¹² “The first issue which must be faced by any legal system is one we call the problem of ‘entitlement’. Whenever a state is presented with the conflicting interests of two or more groups of people, it must decide which side to favor. Absent such a decision, access to goods, services, and life itself will be decided on the basis of ‘might makes right’ — whoever is stronger or shrewder will win. Hence the fundamental thing that law does is to decide which of the conflicting parties will be entitled to prevail. The entitlement to make noise versus the entitlement to have silence, the entitlement to pollute versus the entitlement to breathe clean

A discussão a respeito da proteção dos direitos por meio de regras de propriedade ou de responsabilidade civil envolve uma análise acerca da (re)formulação e do aprofundamento dos direitos subjetivos, pois um dos grandes problemas acerca dos altos custos de transação advém da ausência de legitimidade ou titularidade dos direitos (o que é de todos não é de ninguém), na medida em que, se não houver uma titularidade suficientemente forte para as pessoas reivindicarem as perdas e os ganhos como seus, perdem-se os incentivos para resolverem os problemas diretamente.

Nesse sentido, explicam Calabresi e Melamed (1972) que, com exceção das regras de inalienabilidade (casos em que o mercado não pode ser admitido como critério de proteção dos direitos inalienáveis, uma vez que não podem ser compreendidos em termos de eficiência e de distribuição), o Direito seria protegido por regras de propriedade e de responsabilidade.

Conforme as primeiras regras, o Direito confiaria os interesses sociais relevantes às próprias partes envolvidas, cabendo a elas uma forma de autoproteção, uma vez definida a titularidade original, sendo necessária uma mínima intervenção estatal. Somente quando as pessoas não conseguissem tutelar os seus próprios interesses, em razão dos

air, the entitlement to have children versus the entitlement to forbid them — these are the first order of legal decisions” (CALABRESI; MELAMED, 1972, p. 1.090). Tradução livre: “O primeiro assunto que qualquer sistema jurídico deve encarar é aquele que chamamos de problema da ‘titularidade dos direitos’. Cada vez que o Estado enfrenta um conflito de interesses entre duas ou mais pessoas, ou entre dois ou mais grupos de pessoas, deve decidir qual das partes favorecer. Na ausência dessa decisão, o acesso a bens, serviços e à vida mesma será decidido sob a base de que ‘o poder faz o direito’, de modo que quem for mais forte ou mais hábil ganhará. Por isso, a questão fundamental do Direito é decidir qual das partes em conflito terá o direito de prevalecer. O direito de fazer barulho contra o direito de ter silêncio, o direito de poluir versus o direito de respirar ar puro, o direito de ter filhos versus o direito de proibi-los; isso constitui a primeira ordem das decisões judiciais”.

altos custos de transação, tais interesses circulariam à margem da negociação, o que suscitaria a aplicação de uma regra de responsabilidade¹³.

Por outro lado, na fixação das regras de responsabilidade deveria haver uma maior intervenção estatal, na medida em que, ao violar um direito, o agressor deveria pagar um valor objetivamente determinado. Nesse sentido, a reparação funcionaria como a reconstrução de um acordo hipotético, por motivos de eficiência econômica, promovendo fins distributivos. No entanto, sempre que fosse possível determinar a titularidade dos direitos, a prevenção poderia ser negociada pelos próprios particulares, com baixos custos de transação, buscando-se evitar a ocorrência do dano (CALABRESI; MELAMED, 1972, p. 1109-1110).

Como visto, a responsabilidade civil, por via de um sistema de incentivos para a prática ou omissão de comportamentos, induz a adoção de cautelas quando do exercício de atividades que gerem riscos, conforme explica Araújo (2007, p. 832-833):

As soluções de responsabilidade civil são avaliadas pela análise econômica como se se tratasse de um puro sistema de incentivos, visando-se basicamente que através dele se proceda à internalização 'ótima' dos custos sociais de cada actividade econômica, repercutindo-se dinamicamente no plano dos incentivos, nos incentivos que respeitam à assunção de riscos e à adopção de um certo nível de actividade arriscada, nos incentivos à adopção de cautelas (suscitando-se por isso a questão da sua complementariedade com a prevenção que se alcança através da regulação).

¹³ "It is enough for our purposes to note that a very common reason, perhaps the most common one, for employing a liability rule rather than a property rule to protect an entitlement is that market valuation of the entitlement is deemed inefficient, that is, it is either unavainable or too expensive compared to a collective valuation" (CALABRESI; MELAMED, 1972, p. 1110). Tradução livre: "É suficiente para os nossos propósitos notar que a razão atual, talvez a mais comum, para usar uma regra da responsabilidade, mais do que uma regra de propriedade para proteger um direito, é a de que a avaliação do mercado sobre o direito é considerada ineficiente, ou seja, ou indisponível ou demasiada dispendiosa em comparação com uma avaliação coletiva".

Nesta perspectiva, a eficiência básica de uma regra de indenização mais não é do que a sua susceptibilidade de internalizar custos sociais advindos de actividades arriscadas, potencialmente danosas, embora a montante desse plano deva colocar-se a fasquia preventiva, que é uma forma de incentivo prévia a qualquer dano e obviamente independente dele, já que é da sua subsistência a níveis elevados que pode resultar o abaixamento estatístico dos danos — sendo também que, por outro prisma, a fasquia deve colocar-se num nível que confie na interdependência ou ‘contágio’ das condutas (nem mesmo na ‘exemplaridade’ das sanções), devendo pois incentivar em pleno cada potencial lesante, individualmente, sem presumir que a cautela dele interferirá na probabilidade de danos causados por outrem.

Ou, ainda, nas palavras de Mathis (2009, p. 78):

Se o paradigma tradicional da responsabilidade civil diz respeito à compensação de danos, a análise económica adota o paradigma da eficiência social, vale dizer, verifica a prestabilidade do respectivo sistema para induzir adequados incentivos tanto para o agressor como para a vítima, no objetivo de evitar danos, ou, acaso ocorridos, internalizá-los da maneira mais eficiente do ponto de vista económico e social.

Segundo anota Sztajn (2005, p. 250), a prevenção dos danos pode ser vista, inclusive, como mecanismo de internalização de externalidades:

Os danos ambiental e pessoal são evitados quando o legislador impõe ao exercente da atividade o custo de prevenir danos que recaem sobre terceiros, com o que a externalidade desaparece transformando-se em internalidade. É essa uma forma de promover a internalização da externalidade, em que se procura causar menos danos a terceiros.

Tendo por base essa racionalidade, “sustenta-se que a internalização do princípio da prevenção no Direito da responsabilidade civil deve ser compreendida como natural e necessária para atender aos reclamos de adequada e efetiva tutela dos direitos” (SZTAJN, 2005, p. 250). No Estado Social, garantidor da inviolabilidade dos direitos fundamentais, na verdade muito pouco ou de nada adianta verificar todas as possibilidades de ressarcimento, diante da lesão a direitos essenciais e extrapatrimoniais.

Assim, um sistema de responsabilidade civil que se deseje congruente com os ideais constitucionais deve ser construído a partir de critérios que priorizem, por todas as formas possíveis, a prevenção à reparação dos danos.

A lógica da predileção da prevenção, aliás, há muito inspira e justifica o estudo da responsabilidade civil por parte do movimento da Análise Econômica do Direito, como observa Viney (2007, p. 155):

A ideia de prevenção sempre esteve presente no direito da responsabilidade civil. Todavia, um novo impulso lhe foi dado após o fim dos anos 90, por força do grande sucesso da doutrina da ‘análise econômica do direito’ e por aquela do ‘princípio da precaução’. Com efeito, os teóricos da análise econômica do direito atribuem à prevenção um lugar eminente entre as finalidades da responsabilidade civil. ‘A impulsão primeira do sistema de responsabilidade civil’, escreveu um autor se reportando a essa tendência, ‘reside em sua constante busca de uma minimização de danos causados a outrem, quer dizer, de uma prevenção de fatos lesivos’. É assim em função da aptidão do direito positivo ao favorecimento da prevenção que se julga, segundo essa doutrina, a qualidade desse direito. Todas as reformas ou modificações propostas são apreciadas sob o ângulo de suas aptidões para realizar ‘o caráter ótimo da prevenção’.¹⁴

¹⁴ Tradução livre. No original: “L’idée de prévention a toujours été présente dans le droit de la responsabilité civile. Toutefois une impulsion nouvelle lui a été donnée depuis la fin des années 1990 à la fois par le succès grandissant de la doctrine de «l’analyse économique du droit» e par celui du «principe de précaution». En effet, les théoriciens de l’analyse

A internalização da prevenção no Direito da responsabilidade civil, nesse contexto, a par de justificada pela racionalidade econômica, acaba por se revelar também verdadeiro mecanismo de legitimação constitucional do instituto, na medida em que viabiliza a funcionalização do Direito privado no sentido da proteção dos direitos fundamentais¹⁵.

A funcionalização do Direito da responsabilidade civil, possivelmente operacionalizada pela internalização da prevenção, contudo, não leva em consideração tão somente padrões econômicos ligados à eficiência. A imprescindibilidade da preservação de certos direitos considerados fundamentais, “custe o que custar”, por exemplo, afastaria de imediato qualquer ponderação a respeito de custos-benefícios existentes entre a economia da prevenção versus a economia da reparação.

Nesse sentido, comumente se afirma a imprestabilidade da racionalidade da Análise Econômica do Direito para incidir no campo dos direitos fundamentais, de natureza extrapatrimonial, tal como os relativos à personalidade, ao meio ambiente e à saúde. A missão do

économique du droit attribuent à la prévention une place éminente parmi les finalités de la responsabilité civile. «L'impulsion première du système de responsabilité civile», a écrit un auteur se rattachant à cette tendance, «réside dans sa constante recherche d'une minimisation des dommages causés à autrui, c'est-à-dire d'une prévention des faits dommageables». C'est donc en fonction de l'aptitude du droit positif à favoriser la prévention que se juge, d'après cette doctrine, la qualité de ce droit. Toutes les réformes ou modifications proposées sont ainsi appréciées à l'aune de leur aptitude à réaliser «le caractère optimal de la prévention».

¹⁵ No mesmo sentido, indaga oportunamente Battesini (2011, p. 108-109): “sob a égide do Novo Código Civil, a responsabilidade civil desempenha função social? E, em desempenhando, se a função social da responsabilidade civil está conectada à prevenção e à minimização dos custos dos acidentes? Ao que tudo indica, as respostas são positivas, conforme será evidenciado na subsequente análise econômica de algumas das inovações normativas do Código Civil de 2002, que se caracterizam por criar incentivos à prevenção de acidentes, tais como: o princípio da gravidade da culpa concorrente da vítima, cristalizado no art. 945; a cláusula geral de responsabilidade objetiva pelo risco da atividade, prevista no parágrafo único do art. 927; e a cláusula geral da responsabilidade objetiva pelos danos causados pelos produtos postos em circulação, prevista no art. 931”.

Estado Social em protegê-los não se compatibilizaria com uma visão estritamente econômica.

Todavia, mesmo nesses temas, as críticas voltadas contra a viabilidade da aplicação da análise econômica merecem ser melhor ponderadas ou relativizadas, na exata medida da necessidade de verificação das possibilidades e dos limites de integração entre as próprias ciências sociais.

Com efeito, se a *Law and Economics* parece não definir adequadamente formas para a compensação de danos corporais ou aos direitos de personalidade (até porque se trata de danos irreparáveis sob o ponto de vista filosófico), *ela auxilia precisamente no campo da prevenção dos danos*.

Como observa Polinsky (2003, p. 165-166), ainda que a Análise Econômica do Direito não seja hábil para lidar com situações envolvendo danos à vida ou danos corporais (até porque nesse campo qualquer procedimento utilizado para valorá-los se revela naturalmente arbitrário), não há motivo para que a referida doutrina não seja empregada. A Análise Econômica do Direito pode contribuir para a evolução das regras pertinentes aos riscos dos acidentes pessoais, a partir de indagações a respeito do quanto as pessoas estariam dispostas a gastar para evitar os riscos de acidentes ou de quanto elas estariam dispostas a receber pelo agravamento dos riscos do sofrimento de danos corporais.

Nunca se pode olvidar, contudo, que a eficiência econômica, em que pese constituir objetivo racional e pragmático irrecusável a qualquer sistema de justiça, deve ser considerada como apenas mais um entre os diversos objetivos buscados pela regulação implementada pelo Direito, como ressalta Alpa (1998, p. 241), criticando Posner:

Elevada a uma verdadeira e própria teoria, a análise econômica do direito (que também pode conduzir a resultados valiosos no âmbito da pesquisa sobre o significado e o propósito atual da

responsabilidade civil) que Posner elabora, parte de premissas ou, mais corretamente, de postulados que não parecem ser aceitáveis. A realização da ‘eficiência econômica’ pode, se muito, constituir um dos escopos perseguidos na elaboração de programas de normatização dos interesses privados, mas certamente não o único objetivo que o jurista se deve por, nem, tampouco, pode ser a única diretriz (emergente das relações de mercado) que se deva seguir na revisão ou na refundamentação da regra jurídica.¹⁶

Como se percebe, a leitura econômica muito tem a auxiliar na compreensão e no aprimoramento dos institutos jurídicos, prestando-se, sobretudo, a demonstrar de que formas a responsabilidade civil pode e deve ser analisada sob uma perspectiva notoriamente preventiva.

Todavia, isso não quer dizer que o objetivo de prevenção, na perspectiva do Direito da responsabilidade civil, esgote-se ou se resume à viabilização da melhor ou maior eficiência econômica, correlacionando-se tão somente com os custos/benefícios inferidos a partir de uma análise objetiva e calculista a respeito dos deveres de cuidado e dos eventuais danos experimentados no seio social.

Muito antes e para muito além disso, a refundamentação preventiva da responsabilidade civil ora preconizada assenta-se em valores éticos e morais que extrapolam, necessariamente, qualquer racionalidade utilitarista a respeito das possíveis justificativas para se evitar a violação dos direitos e a conseqüente provocação dos danos.

¹⁶ Tradução livre. No original: “Elevata a vera e propri teoria, l’analisi economica del diritto (che pure può condurre a risultati preziosi nell’ambito delle indagini sul significato e gli scopi attuali della responsabilità civile) che Posner elabora muove da premesse o, più correttamente, da postulati che non sembrano accettabili. La realizzazione della «efficienza economica» può, se mai, essere uno degli scopi perseguiti nel progettare programmi di normazione degli interessi privati, ma certamente non l’único obiettivo che il giurista si deve porre, né, tanto meno, può costituire l’única diretrice (emergente dai rapporti di mercato) che si debba seguire nella revisione o nella rifondazione della regole giuridiche”.

11.3 Apontamentos acerca do papel da responsabilidade civil e da regulação pública sob a ótica da análise econômica

Questão das mais relevantes e problemáticas diz respeito aos possíveis limites do Direito da responsabilidade civil para operar eficientemente a prevenção contra a violação e lesão dos direitos, sobretudo quando cotejado com a regulação pública¹⁷.

¹⁷ “O termo ‘regulação’ é essencialmente ambivalente: por um lado, designa um estado de equilíbrio e de regularidade no funcionamento de um sistema ou mecanismo; por outro lado, aponta para o estabelecimento de regras (regulamentos) a serem observadas num determinado comportamento ou situação, tendo precisamente como objectivo garantir ou repor o equilíbrio e/ou a regularidade do seu funcionamento” (MOREIRA, 1997, p. 21). De acordo com o European Centre of Tort and Insurance Law (juntamente com o Research Unit for European Tort Law of the Austrian Academy of Sciences), “‘Regulation’ is an imprecise and ambiguous concept, but it seems clear from statements made by the convenors of this project that they have in mind that area of public law which lays down standards of safety and quality governing the conduct of individuals and firms. The relationship to be examined is between those areas of law, for example health and safety at work, public health and environmental protection, product safety, road safety and some areas of consumer protection, and those areas of tort law which generate private law obligations to comply with equivalent standards in those or analogous sectors. The goal of regulatory law in these areas is clear: it is to induce compliance with the standards, thereby generating a level of quality and safety which the policymakers regard as appropriate. The standards may reflect the policymakers’ perception of distributional justice but, for the purposes of this paper, I will assume that they are intended, in an economic sense, to maximise social welfare. In other words, they aim to generate, in relation to given risks, the optimal level of quality and safety, that is the point where the marginal benefit of increasing quality and safety is approximately equal to its marginal cost” (BOOM; LUKAS; KISSLING, 2007, p. 377-378). Tradução livre: “Regulação é um conceito impreciso e ambíguo, mas parece claro, das declarações feitas pelos coordenadores desse projeto, que eles têm em mente que a área de direito público estabelece normas de segurança e qualidade que regem a conduta dos indivíduos e das empresas. A relação a ser examinada é entre as áreas do direito, por exemplo, saúde e segurança no trabalho, saúde pública e proteção ambiental, segurança dos produtos, segurança rodoviária e algumas áreas de defesa do consumidor, e aquelas áreas da responsabilidade civil que geram obrigações de direito privado para normas equivalentes em setores análogos. O objetivo do direito regulatório nessas áreas é claro: induzir o cumprimento das normas, gerando um nível de qualidade e segurança que os responsáveis políticos consideram apropriado. As normas podem refletir na percepção dos formuladores de políticas de justiça distributiva, mas, para fins deste artigo,

De fato, é bastante comum o argumento segundo o qual competiria ao Direito público, e não propriamente ao Direito privado, a função de dissuasão de comportamentos ilícitos, por via da implementação de instrumentos sancionatórios como multas e normas proibitivas, cabendo ao Estado a fiscalização quanto ao seu cumprimento¹⁸.

Ainda assim, conforme uma visão mais ou menos liberal, tal função dissuasória só seria justificável em relação a determinados setores influentes economicamente no mercado, cujos abusos deveriam ser controlados pela regulação pública. Nesse sentido, caberia ao Poder Público, por meio de seus agentes reguladores¹⁹, disciplinar referidos setores da economia pelo “desenvolvimento e a implementação de normas secundárias que disciplinem a conduta dos agentes do respectivo setor regulado”, garantir seu funcionamento e “aplicar sanções jurídicas negativas em face do descumprimento de preceitos normativos por parte dos agentes regulados” (MOREIRA, 2006).

Ao se sustentar que o sistema da responsabilidade civil, marcadamente concebido como instituto ligado ao Direito privado, também deve estar comprometido com a prevenção de comportamentos antijurídicos potencialmente causadores de danos, parece claro que uma tal proposta passa por um redimensionamento a respeito de uma possível função co-regulatória do instituto²⁰, a ser examinada em

vou assumir que se destinam, em seu sentido econômico, para maximizar o bem-estar social. Em outras palavras, elas objetivam gerar, em relação aos riscos dados, o nível ótimo de qualidade e segurança; esse é o ponto em que o benefício marginal de aumentar a qualidade e a segurança é aproximadamente igual ao seu custo marginal”.

¹⁸ Nesse sentido, explorando o debate a respeito dos limites da responsabilidade civil e a transição para o Direito Público, vide Schäfer e Ott (2004, p. 261-267).

¹⁹ As agências reguladoras “são criadas através de lei com o escopo de disciplinar determinado setor e respectivos agentes, estes detentores de poder econômico com sérias repercussões sociais. As agências são pessoas administrativas às quais, sob o rótulo de autarquias especiais, é conferida a regência de alguns dos mais relevantes setores da economia” (MOREIRA, 2006).

²⁰ Para o European Centre of Tort and Insurance Law, em conjunto com a Research Unit for European Tort Law da Austrian Academy of Sciences, a responsabilidade civil, além de sua tradicional função reparatória, teria também uma função preventiva de impedir a ocorrência dos danos: “From a traditional legal perspective, the principal role of tort law is, in defined

complementação àquela desempenhada tradicionalmente pelo Poder Público, por via de regras de Direito público²¹.

Tal complementaridade deve ser examinada, como parece evidente, por meio da própria observação dos limites da aplicação do sistema de responsabilidade civil, como aponta Püschel (2005, p. 93):

Na realidade, a responsabilidade civil é simplesmente uma das ferramentas por meio das quais a sociedade persegue esses objetivos. Além da responsabilidade, esses mesmos fins são buscados também

circumstances, to provide compensation for those who are harmed by the actions of others; and the basis of liability is generally perceived to be some form of corrective justice. There nevertheless is a recognition, and not only by economists, that another function of tort law is to deter harm-creating activity, the threat of having to pay compensation serving thus to induce more careful behaviour. And it is a short step from that recognition to formulating tort law as an inducement to take optimal care, thus rendering it equivalent to what we have seen above to be the efficiency goal of regulation” (BOOM; LUKAS; KISSLING, 2007, p. 378). Tradução livre: “De uma perspectiva jurídica tradicional, o papel principal da responsabilidade civil é, em determinadas circunstâncias, promover a compensação para aqueles que são prejudicados pela ação dos outros; e a base da responsabilidade é geralmente percebida como alguma forma de justiça corretiva. Há, no entanto, um reconhecimento, e não apenas por economistas, de que outra função da responsabilidade civil é impedir danos criados pela atividade, e a ameaça de ter que pagar uma indenização serve assim para induzir a um comportamento mais cuidadoso. E esse é um pequeno passo para o reconhecimento da formulação da responsabilidade civil como um incentivo para otimizar o cuidado, tornando-o equivalente ao que nós vimos acima como sendo o objetivo eficiente da regulação”.

²¹ Acerca dos papéis desenvolvidos pelo Direito Público e pelo Direito Privado, afirma Iturraspe (2005, p. 80) que “Se ‘privatiza’ el Derecho Público cuando, por via de ejemplo, se incorporan en las Constituciones los Derechos Humanos de la tercera o cuarta generación. Cuando la persona humana aparece protegida en los documentos publicísticos. Y se ‘publiciza’ el Derecho Privado cuando funciones del Estado, como la protección del medio ambiente, se regulan en estatutos privatísticos; como antecedente de esta idea debemos tener en cuenta la tendencia a aludir a una ‘transformación’ del Derecho Privado en Público através de la denominada legislación social”. Tradução livre: “Privatiza-se o Direito Público quando, por via de exemplo, incorporam-se nas Constituições os Direitos Humanos de terceira ou quarta geração. Quando a pessoa humana aparece protegida nos documentos publicísticos. E se ‘publiciza’ o Direito Privado quando funções do Estado, como a proteção do meio ambiente, regulam-se em estatutos privatísticos; como antecedente dessa ideia, devemos ter em conta a tendência a aludir a uma ‘transformação’ do Direito Privado em Público através da denominada legislação social”.

por meio, por exemplo, de controle e sanções administrativas e penais (para prevenção de comportamentos anti-sociais), da criação de um sistema previdenciário ou da realização de seguros obrigatórios (para indenização da vítima e distribuição de danos). [...] De todo modo, a responsabilidade deve ser apenas um dos mecanismos em uma política de prevenção de acidentes. A experiência comprova que há outros meios, muitas vezes mais eficazes, de prevenção desse tipo de dano, como o controle e a fiscalização efetivos das atividades perigosas. Tomando o exemplo de A. Tunc, o paciente confia no médico porque sabe que ele não pode exercer sua atividade sem possuir um diploma, e não por causa de sua responsabilidade pelos danos que eventualmente causar à saúde dos clientes.

A gradativa implementação do Estado Social trouxe consigo a preocupação com a efetiva atuação dos direitos individuais e transindividuais essenciais, o que parece justificar a própria revisão dos fundamentos e limites de intervenção estatal nas relações interprivadas.

Para além disso, os objetivos do Estado Social também levam a refletir acerca da insuficiência da intervenção estatal e da consequente necessidade de complementação regulatória por parte da intervenção de estruturas ou regimes privados, tal como se afigura o Direito de responsabilidade civil.

Com efeito, a interpenetração dos espaços público e privado forçou a revisão da separação estanque entre Direito público e Direito privado²², que retratava uma realidade atualmente não

²² “Nunca existiu um critério de rigor lógico e satisfatório capaz de designar claramente a distinção, pretendida pela dogmática jurídica, entre Direito Público e Direito Privado. A separação, de cunho eminentemente prático, está estabelecida desde o Direito Romano e tem por função — como também têm os outros vários conceitos, divisões e classificações — estabelecer dogmaticamente segurança e certeza para a tomada de decisão. Mas qualquer critério que se buscasse para a divisão não conseguia apresentar de forma definitiva uma eventual linha divisória que existiria entre os dois ramos disputados. O interessante neste assunto é que não se vislumbrava a linha divisória ao nível de realidade concreta, ao nível de aplicação real e efetiva do Direito; tampouco se conseguia fazê-lo em nível teórico e abstrato. Toda tentativa revela-se frustrada” (NUNES, 2000, p. 120-121).

mais preponderante, em razão do permanente diálogo entre ambos (PERLINGIERI, 2002, p. 53; PEREIRA, 2003, p. 120; MARTINS-COSTA, 2006, p. 70; TEPEDINO, 2008, p. iv; ESPÍNOLA, 1977, p. 42). Assim, nessa perspectiva, parece lógico e até mesmo intuitivo pensar que não se pode mais relegar o papel regulatório das relações privadas ou público-privadas exclusivamente ao Direito público, não sendo igualmente apenas seu o compromisso de desenvolver e fomentar mecanismos aptos para o controle da prevenção da ilicitude, dos danos e da violação dos direitos.

É interessante observar que essa nova forma de comunicação entre o Direito público e o Direito privado conduz a preocupações recíprocas e complementares: “hoje deve interessar tanto ao Direito privado a tutela do interesse público ou do interesse social relevante, como ao Direito público passa a interessar a proteção de interesses até então tipicamente ‘privados’” (ITURRASPE, 2005, p. 80-81).

Ilustração mais incisiva a esse respeito, pois, refere-se às profundas alterações paradigmáticas experimentadas pelo próprio Direito Administrativo, que, historicamente fundamentado na legalidade e na proteção do interesse público, hoje passa não só a se preocupar, mas também a se fundar em valores como o respeito dos direitos e da dignidade da pessoa humana. Como sustenta Justen Filho (2006, p. 45), nesse sentido,

Tudo evidencia que a questão não reside num “interesse público”, de conteúdo obscuro. O ponto fundamental é a questão ética, a configuração de um direito fundamental. Ou seja, o núcleo do direito administrativo não reside no interesse público, mas nos direitos fundamentais.²³

Diante dos novos contornos constatados no campo do Direito da responsabilidade civil, que deve se pautar tanto no tradicional binômio

²³ Na mesma direção anota Lorenzetti (2009, p. 41): “O direito administrativo está assistindo a uma mudança relevante em seu sistema de fontes devido à incorporação dos tratados de direitos humanos”.

dano-reparação como num renovado binômio *prevenção-dano*, resta evidenciado seu comprometimento no combate à violação dos direitos. Um combate a ser instrumentalizado por mecanismos cada vez mais diferenciados e eficazes, que serão gradativamente implementados por via legislativa e/ou jurisdicional, em complementação à já tradicional e imprescindível atividade regulatória, desempenhada em especial pelo Direito Penal e pelo Direito Administrativo.²⁴

Ademais, a regulação privada viabilizada pelo Direito de responsabilidade civil tem, entre outras vantagens, a de poder atuar mais direta e objetivamente sobre os próprios interessados, independentemente da tradicional burocracia que caracteriza a regulação pública, como anota Goldberg (2005, p. 609):

A imposição de obrigações proporciona um regime de regulação que opera, quando funciona bem, reforçando as normas sociais em vez dos preços Holmesianos. Ao impor obrigações legais cujos contornos básicos já são conhecidos, o Direito aumenta a sua própria legitimidade. Isso também pode permitir que a regulação seja alcançada com menor dependência da burocracia, que deve confiar em recompensas e punições para impor padrões de comportamento alienígenas. O ponto não é que outras formas de regulação sejam indesejáveis ou inadequadas. Ao invés, é que a responsabilidade civil pode reivindicar como uma de suas vantagens o fato de que, na medida em que regula o comportamento, fa-lo-á sem a necessidade de um aparato administrativo elaborado.²⁵

²⁴ Para o European Centre of Tort and Insurance Law, em conjunto com a Research Unit for European Tort Law da Austrian Academy of Sciences, “the only appropriate comparison is between the relative capacities of tort and regulation to induce optimal care” (BOOM; LUKAS; KISSLING, 2007, p. 378). Tradução livre: “A única comparação apropriada é entre as relativas capacidades da responsabilidade civil e da regulação para induzir ‘optimal care’”.

²⁵ Tradução livre. No original: “The imposition of obligations provides a scheme of regulation that operates, when working well, by reinforcing social norms rather than by Holmesian prices. By imposing legal obligations whose basic contours are already recognizable, the law enhances its own legitimacy. It also may permit regulation to be achieved with less reliance on bureaucracy, which must rely on carrots and sticks to impose alien standards of behavior.

Entretanto, parece lógico que apesar dessa complementariedade exercida pelo Direito privado em relação à regulação pública, a depender da específica área de proteção, haverá predileção ou, quando menos, mais facilidade de operacionalização dessa ou daquele.

De fato, como assevera Shavell (1987, p. 277 e ss.) relativamente à prevenção da ocorrência das externalidades negativas, a regulação administrativa seria mais vantajosa quando comparada ao sistema da responsabilidade civil, na medida em que, além de os custos administrativos serem mais baixos para evitar a ocorrência de lesão²⁶, não se apostaria na eventualidade da reparação do sistema de responsabilidade civil.

Apesar disso, Shavell considera essencial a conjugação da regulação pública com o sistema da responsabilidade civil para um maior e mais adequado controle das atividades potencialmente danosas:

Regulação e o sistema da responsabilidade são ferramentas proeminentes que a sociedade emprega para controlar as externalidades. O Estado usa uma vasta matriz de dispositivos regulatórios: regulações seguras para comida e drogas, produtos consumidos e os lugares de trabalho; limite de velocidade e outras regras de segurança do trânsito; decretos de zoneamento que regem a estrutura física e o uso dos prédios; e assim por diante. Responsabilidade por danos é também onipresente; indivíduos e empresas são potencialmente responsáveis por praticamente todos os tipos de danos. A injunção é um pouco limitada em seu alcance, aplicada apenas quando uma vítima potencial ou real estabelece a existência de um perigo

The point is not that other forms of regulation are undesirable or inappropriate. Rather, it is that tort law can claim as one of its advantages that, insofar as it regulates behavior, it does so without requiring an elaborate administrative apparatus”.

²⁶ Aliás, afirma-se que uma das principais diferenças entre a responsabilidade civil e a regulação pública diz respeito aos custos administrativos (SCHÄFER; OTT 2004, p. 267). No mesmo sentido, consultar a obra do European Centre of Tort and Insurance Law em conjunto com a Research Unit for European Tort Law, da Austrian Academy of Sciences (BOOM; LUKAS; KISSLING, 2007, p. 381 e ss.).

substancial e contínuo. Os subsídios são utilizados com pouca frequência e as taxas corretivas são usadas raramente, apesar de comercializáveis direitos de poluição terem sido empregados para controlar problemas específicos de poluição (SHAVELL, 2004, p. 101).²⁷

Portanto, não parece justificável, nem mesmo razoável defender a exclusividade ou a preponderância da adoção de um ou de outro sistema de regulação (público ou privado) para a proteção preventiva dos direitos, como se fossem excludentes. Em verdade, a combinação da responsabilidade civil e da regulação é suscetível de aumentar a probabilidade do nível desejado de segurança a ser induzida.²⁸

Da mesma forma, também não se contesta a primazia do desempenho da função originariamente pública no que diz respeito ao desenvolvimento de políticas públicas de regulação, mesmo porque “a evidência empírica sugere que a lei da responsabilidade nem sempre funciona como a análise econômica do direito prevê. [...] O sistema de direito civil não é necessariamente concebido para

²⁷ Tradução livre. No original: “Regulation and liability system are the preeminent tools that society employs to control externalities. The state uses a vast array of regulatory devices: safety regulations for food and drugs, consumer products, and the workplace; speed limits and other traffic safety rules; zoning ordinances governing the physical structure and use of buildings; and so forth. Liability for harm is also omnipresent; individuals and firms are potentially liable for virtually all kinds of harm. The injunction is somewhat limited in scope, applying only when a potential or actual victim establishes the existence of a fairly substantial and continuing danger. Subsidies are utilized relatively infrequently, and corrective taxes are used rarely, although marketable pollution rights have been employed to control specific pollution problems”.

²⁸ De acordo com o European Centre of Tort and Insurance Law, em conjunto com a Research Unit for European Tort Law da Austrian Academy of Sciences, muito embora em alguns casos os regimes sancionatórios sejam preferíveis, visto que pela regulação se torna possível alcançar o resultado desejado a um custo menor, há, todavia, duas vantagens que podem tornar a responsabilidade civil preferível à regulação: os princípios que regem a responsabilidade civil são mais genéricos e, portanto, mais flexíveis, adaptando-se melhor a casos individuais e à evolução tecnológica; e o fato de as vítimas exercerem papel ativo no sistema de responsabilidade, na medida em que estão interessadas em receber a reparação, o que motiva uma possível melhor aplicação do regime de responsabilidade (BOOM; LUKAS; KISLING, 2007, p. 389).

prevenção, particularmente se o sistema de seguro não é suficientemente diferenciado” (SCHÄFER; OTT, 2004, p. 261-267)²⁹.

Por outro lado, o que parece imprescindível é a verificação das reais possibilidades abertas pela exurgência da responsabilidade civil preventiva quanto à instauração de um sistema protetivo dos direitos, capaz de deflagrar uma autêntica regulação privada.

Se o Direito da responsabilidade civil, de fato, até recentemente não foi pensado para viabilizar a prevenção dos danos (daí, portanto, a inexistência ou a insuficiência de mecanismos regulatórios privados³⁰ para a atuação concreta dos direitos), isso não quer dizer que não deva ou não mereça, por via de um redimensionamento evolutivo, passar a ser assim instrumentalizado.

²⁹ Tradução livre. No original: “All in all, the empirical evidence suggests that liability law does not always function as the economic analysis of law predicts. The policy implications of such studies should not be overlooked. The civil law system is not necessarily designed for deterrence, particularly if the insurance system is not sufficiently differentiated”.

³⁰ Iturraspe (2005, p. 85) afirma que a privatização e a desregulação constituem instrumentos aptos a uma delegação de funções por parte do Poder Público, apontando, contudo, para uma indesejável e perigosa radicalização quanto ao tema da regulação privada influenciada pelo mercado: “La ‘privatización’ y ‘desregulación’ há de conducir a la creación de un Derecho Privado como ‘Derecho econômico empresarial’. Eso significa que el ‘Derecho del Estado’ cederá su lugar al ‘Derecho de los empresarios’, la parte fuerte en el mercado; que la regulación jurídica, que apunta a la justicia y a la equidad, se dejará de lado, reemplazada por ‘criterios económicos’, de los cuales es buen modelo la denominada ‘interpretación económica del Derecho’. Tradução livre: “A privatização e a desregulação devem conduzir à criação de um Direito Privado como “Direito econômico empresarial”. Isso significa que o Direito do Estado cederá seu lugar ao Direito dos empresários, a parte forte do mercado, e que a regulação jurídica, que aponta à justiça e à equidade, será deixada de lado, substituída por ‘critérios econômicos’, dos quais é um bom modelo a denominada ‘interpretação econômica do Direito”.

Referências

- ALPA, G. Colpa e responsabilità nell'analisi economica del diritto. In: ALPA, G.; ALTRI (A cura di). *Analisi economica del diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1998.
- ARAÚJO, F. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.
- BATTESINI, E. Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil. São Paulo: LTR, 2011.
- BATTESINI, E.; BALBINOTTO, G. *História do pensamento em direito e economia revisitada: conexões com o estudo da responsabilidade civil no Brasil*. 2010. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/7cj6p5hg>>. Acesso em: 9 jun. 2014.
- BOOM, W. H. V.; LUKAS, M.; KISLING, C. (Ed.). *Tort and Regulatory Law*. New York: Springer, 2007.
- CALABRESI, G. Transaction costs, resource allocation and liability rules – a comment. *The Journal of Law and Economics*, v. 11, p. 67-73, 1968.
- CALABRESI, G. El coste de los accidentes: análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil. Barcelona: Ariel, 1984.
- CALABRESI, G.; MELAMED, Douglas A. Property Rules, Liability Rules and Inalienability: one view of the cathedral. *Harvard Law Review*, v. 85, n. 6, 1972.
- DAHLMAN, C. J. The problem of externality. *The Journal of Law and Economics*, v. 22, p. 141-162, 1979.
- EPSTEIN, R. A. Cases and materials on torts. United States Circuit Court of Appeals, Second Circuit, 1947. p. 175-176. In.: BATTESINI, E. *Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*. São Paulo: LTR, 2011.
- ESPÍNOLA, E. *Sistema do Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Rio, 1977.
- GAROUPA, N. *Combinar a economia e o direito: a análise econômica do direito*. Disponível em: <<http://cepejus.libertar.org/index.php/systemas/article/view/11/0>>. Acesso em: 9 jun. 2014.

- GOLDBERG, J. C. P. The Constitutional Status of Tort Law: due process and the right to a law for the redress of wrongs. *The Yale Law Journal*, n. 115, 2005.
- ITURRASPE, J. M. *Cómo contratar en una economía de mercado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005.
- JUSTEN FILHO, M. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- LANDES, E. M. Insurance, liability, and accidents: a theoretical and empirical investigation of the effects of no-fault accidents. *The Journal of Law and Economics*, v. 25, p. 25-65, 1982.
- LORENZETTI, R. L. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Tradução de Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MARTINS-COSTA, J. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In.: SARLET, I. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- MATHIS, K. Efficiency instead of justice? Searching for the philosophical foundations of the economic analysis of Law. *Law and Philosophy Library*, New York, v. 84, 2009.
- MOREIRA, E. B. Agências reguladoras independentes, poder econômico e sanções administrativas: reflexos iniciais acerca da conexão entre os temas. *Revista de Direito do Estado*, v. 2, p. 163-192, 2006.
- MOREIRA, V. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997.
- NUNES, L. A. R. *Manual de introdução ao estudo do Direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- PERLINGIERI, P. *Perfis do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PEREIRA, J. R. G. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In.: BARROSO, L. R. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

POLINSKY, A. Mitchell. *An introduction to law and economics*. 3. ed. New York: Aspen, 2003.

PÜSCHEL, F. P. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, § único do Código Civil. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 1, maio 2005.

RIBEIRO, M. C. P.; GALESKI JÚNIOR, I. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SCHÄFER, H.-B.; OTT, C. *The economic analysis of civil law*. Northampton, Massachusetts: Edward Elgar, 2004.

SHAVELL, S. *Economic analysis of Accident Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987.

SHAVELL, S. *Foundations os economic analysis of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

SZTAJN, R. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo código civil. *Revista de Direito Privado*, v. 22, abr. 2005.

TEPEDINO, G. Itinerários para um imprescindível debate metodológico. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n. 35, p. iv, jul./set. 2008.

VENTURI, T. G. P. *A construção da responsabilidade civil preventiva no Direito Civil contemporâneo*. 2012. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

VINEY, G. *Traité de Droit Civil: introduction à la responsabilité*. 3. ed. Paris: L.G.D.J., 2007.

NOVAS TENDÊNCIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL: DANOS AMBIENTAIS, DANOS MORAIS AMBIENTAIS E DANOS ÀS GERAÇÕES

Carla Amado Gomes

12.1 Introdução:

O instituto da responsabilidade civil é milenar e constitui fundamento de uma sociedade organizada – quem provoca dano culposamente deve reparar. Trata-se de um instrumento de paz social.

Nestas brevíssimas linhas, vamos passar em revista seis aspectos nos quais se reflecte a “pressão” que uma realidade como o Direito do Ambiente tem provocado no instituto da responsabilidade civil¹: *fins da responsabilidade civil (extracontratual), modelos de imputação, objeto, métodos de reparação, lesados e dano.*

¹ Sobre a responsabilidade civil por dano ecológico, vide: Amado Gomes (2014, capítulo V e doutrina ali citada).

12.2 Fins da responsabilidade civil (extracontratual)

Catherine Thibierge (2004, p. 577 e ss.), debruçando-se sobre os desafios que presentemente se colocam ao instituto, desdobra a sua evolução em três fases:

- *responsabilidade-sanção*, até ao século XIX (centrada no agente do dano e sua penalização);
- *responsabilidade-indemnização*, no século XX (centrada na vítima e no ressarcimento do dano);
- *responsabilidade-antecipação*, no século XXI (fundada na prevenção de riscos maiores e no intuito de preservação do património ecológico e cultural, tendo em consideração o legado a deixar às gerações futuras) (grifos do original).

Esta classificação respeita aos fins do instituto. Note-se que a terceira modalidade aceita a responsabilidade sem dano actual, o que dificilmente pode reconduzir-se, com utilidade real, ao instituto, tal como ele se conhece². A responsabilidade pela prevenção é uma *responsabilidade-tarefa*, é uma *obrigação de meios* de minimização do dano na medida do tecnicamente possível.

12.3 Modelos de imputação

É importante aludir a um outro desdobramento, que divide a responsabilidade em subjectiva e objectiva.

A transição da primeira para a segunda finalidade deve-se, sobretudo, a uma *necessidade de protecção da vítima* (trabalhadores; acidentados em razão de contacto com actividades/coisas perigosas), enquanto a transição da segunda para a terceira finalidade prende-se

² Falando em dano futuro, vide, todavia: Winter de Carvalho (2008).

mormente com a *natureza dos bens ofendidos*. É na segunda finalidade que encontramos a responsabilidade objectiva ou pelo risco, que ainda hoje é, no Direito privado, especial – necessitando de consagração específica (cf. o art. 483/2 do Código Civil) –, enquanto no Direito público assenta em cláusula geral, embora reportada ao conceito indeterminado de “actividade, coisa especialmente perigosa” (cf. o art. 11 do regime aprovado pela Lei n. 67/2007, de 31 de dezembro)³.

No plano do Direito do Ambiente, a tendencial dificuldade de prova de um dano ecológico leva a que se defenda a flexibilização dos pressupostos de imputação. No Brasil, registra-se uma tendência para modelos de responsabilização objectiva, que podem mesmo ir até ao dano integral (ou seja, sem admissão de excludentes de responsabilidade como a força maior), no caso das instalações nucleares. Em Portugal, a responsabilidade objectiva por danos ecológicos só abrange um determinado leque de actividades e é afastada quer no caso de o operador deter uma autorização válida, quer perante “riscos de desenvolvimento” (cf. o art. 20/3 do DL 147/2008, de 29 de julho).

Porém, um modelo de responsabilização estritamente objectivo – que a precaução acarretaria (a ausência de certeza quanto à possibilidade de um risco, a sua não exclusão teórica, não implica a impunidade do presumível agente) – pode ser contraproducente: porque, independentemente do cuidado que se tenha, é-se sempre responsabilizado... Esta responsabilização *totalitária* é susceptível de gerar fenómenos de deslocalização, de fuga de investimento das empresas (multinacionais, pelo menos) para regimes menos penalizadores.

Julgamos que melhor serve os interesses da protecção ambiental e sanitária um sistema de responsabilização *subjectiva objectivada* – que se traduz, afinal, na figura da *culpa in vigilando* por actividades perigosas. Como se sabe, a imputação opera aqui com base numa presunção de culpa do agente, que em face da alegação do facto e do nexo de causalidade pelo autor, deve provar nos autos

³ Sobre o regime actual da responsabilidade administrativa pelo risco no Direito Público português, vide: Amado Gomes (2006, p. 603 e ss).

que agiu com a diligência devida para afastar a imputação (cf. o art. 493/2 do Código Civil).

12.4 Objecto

Falar do objecto da responsabilidade civil no âmbito do Direito do Ambiente pressupõe uma elucidação prévia. É que é comum ouvir-se falar indistintamente de dano ambiental e de dano ecológico (puro). Para nós, no entanto, estamos perante realidades radicalmente distintas – o que hoje é facilmente assimilável em virtude de um regime específico de reparação do dano ecológico, plasmado no DL 147/2008, de 29 de julho (cf. o Preâmbulo e, em especial, os art. 11 e 16). Quando falamos em *dano ambiental*, temos em mente o dano à saúde das pessoas por meio da degradação de um componente ambiental; quando pensamos em *dano ecológico*, reportamo-nos a uma lesão de um bem metaindividual, de fruição colectiva (AMADO GOMES, 2013, p. 189 e ss.).

Ora, a responsabilidade por lesão de bens de fruição colectiva reveste diversas particularidades:

- I. é uma lesão sobre *um património que vale por si próprio* e não em função da utilidade que promove;
- II. é uma lesão que prejudica *todos os membros da colectividade* indiferenciadamente;
- III. é uma lesão cuja reparação obedece a *critérios mais biológicos que jurídicos*;
- IV. é uma lesão cuja *compensação pecuniária deve constituir a ultima ratio* e, a ocorrer, terá que ser *encaminhada para um fundo afecto à reparação de danos ecológicos*.

Disso decorrem vários problemas, de entre os quais o de saber como se calcula a perda quando se não logra a reparação *in natura* e o bem não tenha uma utilidade económica (que valor tem a

preservação de uma espécie de borboletas?), ou a interrogação sobre se se pode envolver no cômputo da responsabilidade um valor de perda geracional, não imediata (este cálculo é ainda mais complexo porque não é possível saber com certeza como reagirá o ecossistema à ausência/degradação do bem lesado, tanto podendo a perda revelar-se irreversível, como parcial, como até da lesão do ecossistema resultar o surgimento de uma nova espécie).

12.5 Métodos de reparação

A natureza de bem colectivo gera, à partida, as necessidades:

- I. de preferência pela reparação *in natura* ou, se impossível ou demasiado onerosa, de forma equivalente (observando o *continuum naturale*); e
- II. de criação de Fundos afectos a fins de recuperação e promoção ambiental.

Como se observou no ponto anterior, existe em Portugal, por efeito de transposição da directiva 35/2004/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril, um regime de reparação do dano ecológico.

O Anexo V do DL 147/2008 estabelece as formas de reparação do dano ecológico, fornecendo um “manual de instruções” que reforça a autonomização em face dos danos ambientais (saúde e propriedade), ressarcíveis nos termos do Código Civil, distinguindo os seguintes objectivos:

1.1 – Objectivos da reparação:

Objectivos da reparação primária:

1.1.1 – O objectivo da reparação primária é restituir os recursos naturais e ou serviços danificados ao estado inicial, ou aproximá-los desse estado.

Objectivos da reparação complementar:

1.1.2 – Sempre que os recursos naturais e ou serviços danificados não tiverem sido restituídos ao estado inicial, são tomadas acções de reparação complementar. O objectivo da reparação complementar é proporcionar um nível de recursos naturais e ou serviços, incluindo, quando apropriado, num sítio alternativo, similar ao que teria sido proporcionado se o sítio danificado tivesse regressado ao seu estado inicial. Sempre que seja possível e adequado, o sítio alternativo deve estar geograficamente relacionado com o sítio danificado, tendo em conta os interesses da população afectada.

Objectivos da reparação compensatória:

1.1.3 – Devem ser realizadas acções de reparação compensatória para compensar a perda provisória de recursos naturais e serviços enquanto se aguarda a recuperação. Essa compensação consiste em melhorias suplementares dos habitats naturais e espécies protegidos ou da água, quer no sítio danificado quer num sítio alternativo. Não consiste numa compensação financeira para os membros do público.

O Anexo V indica também os conteúdos das diferentes medidas:

1.2 – Identificação das medidas de reparação:

Identificação das medidas de reparação primária:

1.2.1 – Serão consideradas opções que consistam em acções destinadas a restituir directamente ao estado inicial os recursos naturais e ou serviços, num prazo acelerado, ou através de regeneração natural.

Identificação de medidas de reparação complementar e compensatória

1.2.2 – Ao determinar a escala das medidas de reparação complementar e compensatória, considerar-se-á em primeiro lugar a utilização de abordagens de equivalência recurso-a-recurso ou serviço-a-serviço. Segundo esses métodos, devem considerar-se em primeiro

lugar as acções que proporcionem recursos naturais e ou serviços do mesmo tipo, qualidade e quantidade que os danificados. Quando tal não for possível, podem proporcionar-se recursos naturais e ou serviços alternativos. Por exemplo, uma redução da qualidade pode ser compensada por um aumento da quantidade de medidas de reparação.

1.2.3 – Se não for possível utilizar as abordagens de equivalência de primeira escolha recurso-a-recurso ou serviço-a-serviço, serão então utilizadas técnicas alternativas de valoração. A autoridade competente pode prescrever o método, por exemplo, valoração monetária, para determinar a extensão das medidas de reparação complementares e compensatórias necessárias. Se a valoração dos recursos e ou serviços perdidos for praticável, mas a valoração dos recursos naturais e ou serviços de substituição não puder ser efectuada num prazo ou por um custo razoáveis, a autoridade competente pode então escolher medidas de reparação cujo custo seja equivalente ao valor monetário estimado dos recursos naturais e ou serviços perdidos. As medidas de reparação complementar e compensatória devem ser concebidas de forma a permitir que os recursos naturais e ou serviços suplementares reflectam as prioridades e o calendário das medidas de reparação. Por exemplo, quanto maior for o período de tempo antes de se atingir o estado inicial, maior será o número de medidas de reparação compensatória a realizar (em igualdade de circunstâncias).

Esta enunciação, embora da máxima utilidade, não elimina todas as dificuldades que envolve a distinção entre dano ecológico e dano ambiental, na dimensão de dano ao património, sempre que estejamos perante um bem ambiental que constitui *simultaneamente* um bem de utilidade económica para o seu proprietário (o que sucede na maior parte dos casos: pense-se no caso paradigmático dos sobreiros). A operação de reparação do dano pelo agente deverá eliminar as perdas económicas (do seu titular) e ecológicas (para o ecossistema), o que pode tornar a especificação das actuações de

reparação muito complexa, em virtude de ao mesmo facto lesivo corresponderem *dimensões de responsabilidade de diversa natureza*⁴.

Particularmente exemplificativos da complexidade que a reparação de danos ecológicos e ambientais em razão do mesmo facto lesivo pode acarretar são os acórdãos *ERIKA* (maré negra que causou danos à costa, aos residentes no litoral, aos municípios e aos pescadores), proferido pela Cour de Cassation (2013) francesa, em 25 de setembro de 2013, e *Pescadores dos Açores*, do Tribunal Central Administrativo Sul (2013), em 7 de fevereiro de 2013, no qual se discutiu a responsabilidade civil do Estado português por omissão de vigilância da zona económica exclusiva dos Açores, propiciando o aproveitamento piscatório ilegítimo de arrastões espanhóis e, com isso, frustrando possibilidades de pesca dos pescadores açorianos. Ambos os arestos levantam questões de qualificação substantiva da natureza dos danos que se repercutem sobre a aferição da legitimidade processual dos autores⁵.

12.6 Lesados

A directiva 35/2004/CE — transposta para o Direito português pelo DL 147/2008 — indica, no Anexo V, a metodologia de reparação

⁴ A reparação de um dano como o da perda de 500 sobreiros em razão de contaminação negligente de lençóis freáticos passará pela reconstituição in natura promovida pelo lesante — replantio — mas também pela compensação das perdas, presentes e futuras, causadas ao proprietário: incumprimento de contratos de compra e venda da cortiça, com responsabilidade contratual inerente. Já as eventuais compensações devidas a título de dano ecológico acrescerão a estas, na medida em que a reaquisição do estado inicial do ecossistema, na sequência da perda provisória das qualidades do bem, deverá ser prosseguida nos termos do Anexo V, 1.1.3 e 1.2.3, do DL 147/2008, de 29 de julho. Isto é, uma vez que já se obteve o replantio, o dano ecológico remanescente traduzir-se-á na degradação do nível de equilíbrio do ecossistema local, podendo as medidas de reparação concretizarem-se na introdução de melhorias suplementares, “quer no sítio danificado, quer num sítio alternativo”, na compensação das perdas temporárias e/ou, no limite, numa quantia monetária a entregar ao Fundo de Intervenção Ambiental.

⁵ Sobre o Acórdão do TCA-Sul, vide: Amado Gomes (2013, p. 36 e ss.).

dos danos causados às espécies, ao solo e à água, *proibindo a atribuição de quantias pecuniárias a membros do público*. Ou seja, a directiva – e o diploma nacional – não se ocupa de danos pessoais, tampouco dos chamados *danos morais ambientais*⁶. Trata-se de saber se poderá conceber-se a indemnização da colectividade pela dor da perda, ou pela impossibilitação de utilização temporária do bem e das suas qualidades (v.g., frequência banhar da costa de uma região assolada por uma maré negra).

Parece-nos que, no que esta indemnização ultrapassar as medidas de recuperação do estado dos bens (imediata ou não), estaremos fora da reparação do dano ecológico e, na realidade, já nos encontraremos na presença de danos, patrimoniais e não patrimoniais, ligados ao aproveitamento, económico ou de lazer, dos bens ambientais. Não nos repugna, no entanto, admitir a viabilidade destes pedidos, desde que as quantias eventualmente arbitradas a título indemnizatório revertam a favor da prevenção e da promoção dos valores do ambiente (da colectividade geográfica em questão) – solução que esboça um *tertium genus* entre o dano ecológico e o dano pessoal. Ou seja, este tipo de dano não está compreendido no conceito de dano ecológico, mas as quantias que forem obtidas na sequência de obrigações de reparação deverão ser afectas a fundos de gestão ambiental (e não a autores, individuais ou populares).

Maior dificuldade suscita a questão de saber se este dano moral ambiental se pode projectar no futuro, no valor de perda para as gerações futuras. O problema aqui é estritamente antropocêntrico e reveste uma enorme complexidade: quantas são as gerações que estão em causa e como se poderá valorar as suas necessidades? O padrão terá sempre de ser o de hoje, mas o contexto em que se reflectirá pode ser radicalmente diverso.

A experiência conhecida de responsabilidade intergeracional assenta em premissas antropocêntricas – falamos do Fundo das Ilhas Marshall, constituído na sequência dos ensaios nucleares

⁶ Sobre o dano moral ambiental, vide: Morato Leite (2003, p. 265 e ss.) e Carvalho Rocha (2007, p. 217 e ss., 236 e ss.).

realizados pelos EUA nos anos de 1950 (mais concretamente, de 30 de junho de 1946 a 18 de agosto de 1958) (NUCLEAR CLAIMS TRIBUNAL, 2015)⁷. Os EUA firmaram um Acordo com o Governo das Ilhas Marshall, em 1983, nos termos do qual constituíram um Fundo de \$150.000.000,00 para acorrer a danos pessoais que viessem a surgir, a reclamar perante um tribunal especial, o qual iniciou funções em 1988 e em 2006 já tinha atendido tantas reclamações que só lhe restavam \$6.000.000,00 (estão em curso negociações para a eventual recapitalização).

Esta responsabilidade, dir-se-ia *ex post* dano, é excepcional e implica a constituição de um Fundo para reclamação de quantias por danos a verificar (e provar quanto ao nexo de causalidade) num futuro de delimitação temporal indefinida. A latência da radioactividade justifica esta solução, mas será ela extensível a outros domínios (v.g., OGMs)? De qualquer modo, ela visa ressarcir danos ambientais, não ecológicos – ao ambiente nada interessa ter uma conta bancária, sobretudo para reparar danos que já foram irreversíveis...

12.7 Dano

Quando falamos de *responsabilidade civil por dano ecológico*, temos em mente uma responsabilidade pelo dano causado; todavia, poderá haver compensação pelo dano ecológico poupado? A constituição de um fundo de indemnização ao Equador, pela não exploração das jazidas petrolíferas subjacentes a parte da reserva Yasuni (declarada reserva mundial da biosfera em 1977), presumia uma resposta afirmativa. O recuo do presidente do Equador, em agosto de 2013, em face do fracasso na arrecadação da compensação reclamada, parece fechar a porta a esta hipótese.

Em contrapartida, à responsabilidade *ex post* contrapõe-se uma responsabilidade *ex ante* – ela operacionaliza-se por meio do instituto da compensação ecológica (veja-se o art. 36º do DL 142/2008, de 24 de julho – regime das áreas protegidas). Na compensação *ex ante*, o dano não se

⁷ Sobre o dano moral ambiental, vide: Morato Leite (2003, p. 265 e ss.) e Carvalho Rocha (2007, p. 217 e ss., 236 e ss.).

consumou ainda, mas o plano da intervenção projectada permite aferir a sua inevitabilidade e estimar a sua intensidade. O futuro lesante vê-se, portanto, obrigado a compensar na medida do dano que virá a produzir, uma vez que a reconstituição natural fica, por definição, afastada. A implementação das medidas compensatórias será preferencialmente contemporânea da verificação do dano⁸.

O princípio da responsabilização parece, assim, constituir identicamente o fundamento da compensação *ex ante*, uma vez que quando a medida compensatória se materializa, o dano terá até já ocorrido ou estará em curso. Embora o DL 142/2008 autonomize um princípio de compensação (no art. 4º, d)), identificando-se esta situação com a hipótese plasmada no artigo 36 do mesmo diploma, não se vislumbra aqui qualquer diferença relativamente ao princípio da responsabilização⁹.

Diferentemente, se considerarmos um tipo de compensação próxima, traduzida em contrapartidas às comunidades que sofrem especialmente com a instalação de determinadas infraestruturas na sua circunscrição, provavelmente o fundamento será diverso. Estamos a pensar em situações em que a “qualidade de vida” de uma colectividade fica consideravelmente diminuída – do ponto de vista da qualidade do ar, da água, da quantidade de espaços verdes –, em virtude da implantação de um parque industrial, de uma estação de tratamento de resíduos, de uma central nuclear. O dano nestes casos não é ecológico, é sanitariamente humano, e a sua contabilização é tendencialmente impossível, pelo carácter difuso que reveste.

Tratar-se-á, nestes casos, de fazer valer o princípio da solidariedade intrageracional, compensando um determinado grupo de pessoas pela redução da sua qualidade de vida a favor da colectividade nacional

⁸ Sobre o mecanismo da compensação ecológica, vide: Amado Gomes e Batista (2013).

⁹ Diversa seria a nossa opinião se o legislador tivesse falado em usuário-pagador, na medida em que o RCNB admite a fixação de taxas de acesso às zonas protegidas “destinadas a contribuir para o financiamento da conservação da natureza e da biodiversidade e para regular naquelas áreas o impacte da presença humana” (art. 38º do RCNB). Trata-se aqui de medidas de carácter parafiscal, que visam fazer corresponder a um serviço ecológico uma contrapartida financeira pelo desgaste provocado pela fruição de bens especialmente frágeis.

(embora, numa perspectiva estritamente económica, possa simultaneamente haver benefícios decorrentes da criação de emprego local e da dinamização do comércio em virtude do afluxo turístico)¹⁰.

Por outras palavras, este desgaste do meio ambiente humano deverá ser compensado, se especial e anormal, por apelo à noção de compensação por facto lícito (cf. o art. 16º da Lei 67/2007, de 31 de dezembro). No entanto, o modelo preferencial deverá ser antecipatório e não ressarcitório, operacionalizado por meio de contrapartidas impostas aos operadores económicos ou aos poderes públicos responsáveis pelas infraestruturas que provocarão o desgaste “ambiental”. Julgamos que a contrapartida da redução de índice de qualidade (de bem-estar, em geral, e sanitária, em particular) deve ser consensualizada entre os investidores e as entidades locais, sob supervisão da autoridade central autorizante, com a participação efectiva das populações, e traduzida em equipamentos sociais como creches, lares de terceira idade, pavilhões gimnodesportivos, parques de recreio. Na ausência de acordo, deveria ser calculada uma percentagem sobre o investimento a reverter para os municípios, obrigatoriamente afecta à criação de equipamentos como os descritos e sempre após audição das populações¹¹.

¹⁰ Estes casos assumem uma gravidade máxima quando a concentração de instalações poluentes se dá em determinadas zonas geográficas, onde existe uma população vulnerável, porque empobrecida ou pertencente a uma minoria étnica. É a propósito destas situações que, nos EUA, invoca-se a “justiça ambiental” na distribuição das “cargas poluentes” e se tenta estabelecer controlos e limites à poluição aí produzida, visando a salvaguarda de condições de salubridade e segurança das populações mais directamente atingidas. Sobre a ausência do conceito no Direito da União Europeia, vide: Krämer (2012, p. 283 e ss.).

¹¹ No Brasil, a versão original do art. 36 da Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000 (Lei do Sistema Nacional das Unidades de Conservação — regulamentada pelo Decreto n. 4.340, de 22 de agosto de 2002, alterado pelo Decreto n. 5.566/05, de 26 de outubro de 2005), exigia, ao operador que desejasse promover a realização de projectos em unidades de conservação integradas no sistema de protecção à natureza, as quais induzissem “significativo impacto ambiental”, o pagamento de um montante pecuniário, que a norma fixava em nunca inferior a 0,5% do investimento total. Esta solução foi julgada inconstitucional, por violar o princípio da proporcionalidade na vertente da adequação, juízo que consideramos correcto relativamente à compensação *ecológica*, mas que não nos repugnaria se estivéssemos a pensar em compensação *ambiental*.

Esta lógica de redistribuição dos dividendos dos grandes industriais e comerciantes — desde logo a favor dos grupos sociais mais directamente afectados pelos empreendimentos —, se realizada *ex ante*, tem um fundamento fiscal, num princípio do *poluidor-pagador* que entronca numa lógica de solidariedade intrageracional e de repartição dos encargos públicos, semelhante (mas não idêntica) aos mecanismos de perequação compensatória existentes em Direito do Urbanismo (cf. o art. 122º do RJIGT) e em sede de Reserva Ecológica Nacional (cf. o art. 35 do DL 166/2008, de 22 de agosto, com última alteração introduzida pelo DL 96/2013, de 19 de julho).

Em suma, como *património comum do Direito*, a responsabilidade civil tem ainda muitos desafios por enfrentar — resta saber se, e como, lhes sobreviverá.

Referências

AMADO GOMES, C. A responsabilidade administrativa pelo risco na Lei 67/2007, de 31 de dezembro: uma solução arriscada? *O Direito*, n. III, 2006.

AMADO GOMES, C. Há mar e mar, há pescar e danificar. *CJA*, n. 99, 2013.

AMADO GOMES, C. *Introdução ao Direito do Ambiente*. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2014.

AMADO GOMES, C; BATISTA, L. *A biodiversidade à mercê dos mercados? Reflexões sobre compensação ecológica e mercados de biodiversidade*. 2013. Disponível em: <http://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2013/10/2013_09_24_CarlaAmado_Biodiversidade.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2015.

CARVALHO ROCHA, J. C. de. Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente. In: CARVALHO ROCHA, J. C. de; HENRIQUES FILHO, T. H. P.; CAZETTA, U. (Coord). *Política Nacional do Meio Ambiente, 25 anos da Lei nº 6.938/1981*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

COUR DE CASSATION. Cassation partielle sans renvoi. 2013. Disponível em: <http://www.courdecassation.fr/IMG/Crim_arret3439_20120925.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2015.

KRÄMER, L. Environmental justice and equity in EU law. In: ESTUDOS em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. v. 4. Coimbra: Coimbra Ed., 2012.

MORATO LEITE, J. R. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NUCLEAR CLAIMS TRIBUNAL. Disponível em: <<http://www.nuclearclaimstribunal.com>>. Acesso em: 11 de nov. 2015.

SCHMIDT, L.; GONÇALVES, M. E. (Org). *Bem comum: público ou privado*. Lisboa: ICS, 2013.

THIBIERGE, C. Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir. *Recueil Dalloz – Chroniques*, n. 9, 2004.

TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO SUL. *Acórdão do Tribunal Administrativo Sul*. Lisboa, 7 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/75ee114781156c9180257b11004b50bd?OpenDocument>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

WINTER DE CARVALHO, D. *Dano ambiental futuro*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

DESAFIOS ECONÔMICOS DO PROCESSO DE EXECUÇÃO: A CONTRIBUIÇÃO LUSO-BrasileIRA

Fabio Caldas de Araújo

13.1 Introdução: O processo de execução e a economia de mercado

As discussões que permeiam a seara processual ultrapassam, neste momento histórico, as discussões puramente estêreis e conceituais voltadas à pureza da Ciência dogmática no campo material e processual (KELSEN, 1994, p. 1)¹. Não resta dúvida quanto à importância dos esforços empreendidos pelos juristas dos séculos XIX e XX na formatação da Ciência Processual, como disciplina autônoma e constituída por princípios fundantes que não se confundem com aqueles que embasam o direito material.

¹ Com papel de destaque, citamos o mestre de Viena, que, em sua introdução da famosa *Reine Rechtslehre* (*Teoria pura do Direito*), afirma: “Die Reine Rechtslehre ist eine Theorie des positiven Rechts” (“A teoria pura do direito é uma teoria do direito positivo” — tradução livre).

O momento em que vivemos reforça a necessidade de reaproximação do direito processual ao direito material, como meio de propiciar a efetivação dos direitos. E mais, a efetividade da tutela jurisdicional assume papel invulgar no campo econômico, pois a estabilidade e a agilidade do sistema jurídico interferem diretamente no sistema econômico.

A economia em escala globalizada e com mecanismos ágeis de flutuação do capital penaliza sistemas débeis. Se de um lado o capital puramente especulativo contribui para essa instabilidade, não há dúvida de que os investimentos estrangeiros também são alocados para o desenvolvimento de uma atividade duradoura. Para esse fim, a escolha premia a maturidade do sistema jurídico do país. A visão integrada é fundamental e exige um repensar do sistema jurídico, especialmente na seara executiva, cujos mecanismos estão atrelados à satisfação das obrigações incumpridas.

Essa noção é sintetizada de modo preciso pelo professor Rui Pinto, ao lembrar que, no Direito contemporâneo e na visão do Direito Constitucional, quer a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, quer a do Tribunal Constitucional, “implica uma tutela efetiva ou completa, nomeadamente *uma tutela executiva*” (PINTO, 2013, p. 14, grifo nosso).

O alvo deste despretensioso ensaio é refletir sobre os resultados dessa busca de reaproximação e diálogo entre o direito material e o processual, no que tange ao processo de execução, com os olhos voltados para o Novo Código de Processo Civil — Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015². A reforma do Direito Processual português servirá de trilha para o modelo comparativo e para a busca de interação entre os diplomas. A efetividade da tutela executiva consiste em fonte de grande preocupação dos dois sistemas, em face da tensão entre a proteção dos direitos fundamentais e a busca da segurança jurídica, que esbarra nos obstáculos fáticos de concretização da norma jurídica para a satisfação do credor, sem uma agressão exagerada em relação ao devedor.

² Utilizaremos a sigla “NCPC” para o Novo Código de Processo Civil.

13.2 O processo civil constitucional e a tutela executiva adequada

A dissociação anunciada entre o processo e o direito material propiciou o descumprimento direto do comando inserto no art. 5º, XXXV da CFB/88: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Esse dispositivo, mais do que franquear aos jurisdicionados o acesso à justiça para a solução de seus conflitos, determina que a *tutela jurisdicional deverá ser adequada*. Em outras palavras, o processo deve recompor a situação lesada ou ameaçada, mas em tempo oportuno e de modo a ser útil àquele que buscou a tutela jurisdicional. Afinal, se firmamos um pacto social para abdicar da solução dos conflitos pela justiça privada (*Selbsthilfe*), presume-se que a tutela estatal deva ser suficiente, oportuna e adequada para dissuadir o jurisdicionado de procurar a autotutela. Aliás, nesse sentido merece menção o art. 1º do Código de Processo Civil português recentemente promulgado: “A ninguém é lícito o recurso à força com o fim de realizar ou assegurar o próprio direito, salvo nos casos e dentro dos limites declarados na lei”.

A efetividade na seara executiva envolve fatores diversos daqueles que estão em jogo no processo de conhecimento. O modelo de satisfação oferecido para o credor poderá influenciar o próprio *sistema econômico*, pois os contratos e investimentos estrangeiros também são mensurados pelo grau de confiança na resposta oferecida às potenciais lesões. O processo de execução representa a segurança do direito material em ter o restabelecimento definitivo da situação violada, por meio da via expropriatória (execução *stricto sensu*) ou por atividade executiva desenvolvida no processo de conhecimento (execução *lato sensu*).

O comando do art. 5º XXXV atualmente é reforçado pela previsão do inciso LXXV, que determina a duração razoável do processo, uma vez que tutela adequada é tutela célere, pois justiça tardia compromete o postulado da reprimenda que faz parte da essência do processo civil: “o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha

um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir” (CHIOVENDA, 1967, p. 67). A tutela executiva representa a última salvaguarda daquele que busca a reparação reconhecida pelo título judicial (*ope judicis*) ou retratada pelo título executivo extrajudicial não satisfeito (*ope legis*). A frustração do processo de execução gera a quebra de confiança e afeta a segurança jurídica e a boa-fé, pois todos creem no adimplemento e cumprimento de suas obrigações assumidas. Por esse motivo, destaca-se esse importante braço do processo civil, para tecer alguns comentários sobre a reforma do sistema processual.

13.2.1 Os direitos fundamentais na execução: a tensão entre a pretensão do credor e a salvaguarda do devedor

A relação processual executiva exige uma visão que procure conciliar a necessidade de satisfação do credor e a impossibilidade de aniquilamento do devedor. A necessidade de proteção do indivíduo e a garantia de um patrimônio mínimo que confira dignidade existencial não permite que o processo de execução possa levar à completa expropriação do devedor. O NCPC procura se alinhar com essa visão ao fornecer mecanismo de ajuste que corresponde à aplicação do princípio da proporcionalidade na seara executiva. Esse dispositivo está presente no art. 805: “Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado”.

O cumprimento de sentença e a execução por título extrajudicial, mesmo sendo referentes a atividades executivas desenvolvidas em ambiente diverso, são regidas pelo mesmo espírito, como demonstra a leitura do art. 771 do NCPC:

Este Livro regula o procedimento da execução fundada em título extrajudicial. Suas disposições aplicam-se, também, no que couber, aos atos executivos realizados no procedimento de cumprimento de sentença,

bem como aos efeitos de atos ou fatos processuais a que a lei atribuir força executiva.

O NCPC falha ao não reservar uma parte específica para o tratamento da teoria geral da execução, que deveria informar os pressupostos elementares do cumprimento de sentença e da execução por título extrajudicial. O recente Código de Processo Civil português destinou dispositivos específicos, em sua Parte Geral, para o tratamento do processo de execução (arts. 10, 85, 86, 231, entre outros). O diploma lusófono andou bem, pois existem diferenças que não permitem o tratamento conjunto, sujeitando institutos diversos à mesma disciplina, muito embora tenha sido tradição, em nosso sistema, a utilização dos institutos do processo de conhecimento para o processo de execução — como decorre da própria leitura do art. 598 do CPC, ainda vigente: “Aplicam-se subsidiariamente à execução as disposições que regem o processo de conhecimento”.

Os atos executivos são indispensáveis para a tutela do credor, mas devem ser praticados no limite necessário para a satisfação da obrigação a ser adimplida. O juiz deverá atuar como gestor processual e equilibrar os atos executivos a ponto de garantir a satisfação do credor, contudo sem o sacrifício exagerado do devedor. Esse ponto é importantíssimo no campo da penhora, em virtude da restrição gerada no patrimônio do devedor e pela possibilidade de mitigação da ordem de prelação. A ordem da penhora poderá ser modificada pelo juiz justamente para dar atendimento ao princípio da proporcionalidade na execução. Trata-se de um dever-poder a adequação da execução ao fim útil e que possibilita a satisfação da obrigação sem o aniquilamento do devedor³. Afinal, a sobrevivência do ser humano depende de bens e meios materiais para

³ Cf. STJ: “A regra inserta no art. 5º da Lei 8.009/1990, por se tratar de garantia do patrimônio mínimo para uma vida digna, deve alcançar toda e qualquer situação em que o imóvel, ocupado ou não, esteja concretamente afetado à subsistência da pessoa ou da entidade familiar” (REsp 1400342/RJ), Relatora Ministra Nancy Andrichi, 3ª Turma, julgado em 8/10/2013, DJe de 15/10/2013).

sua manutenção, como garantia de um patrimônio mínimo e de sua dignidade.

13.3 O cumprimento de sentença e a harmonização procedimental

O processo de execução no NPCPC prevê importantes modificações em relação à disciplina anterior, especialmente quanto à adaptação dos procedimentos especiais de execução. Da mesma forma, procura sedimentar o debate sobre questões polêmicas. Nesse ponto, cabe salientar que toda a alteração legislativa, especialmente em um código processual, não pode deixar de considerar a influência da jurisprudência, especialmente do STJ, cuja missão é justamente a de uniformizar e harmonizar a interpretação da lei federal.

13.3.1 O requerimento do credor e a intimação por meio do advogado

O NCPC, em sua versão final, adere ao posicionamento majoritário da jurisprudência⁴. A formação da segunda fase no processo de conhecimento, para o cumprimento da sentença, exige o requerimento do credor e a intimação do devedor na pessoa do advogado, como se depreende do art. 513, §§ 1º e 2º. O requerimento do credor é condição para a aplicação da responsabilidade objetiva, que se trata

⁴ “Multas do artigo 475-J do CPC. A Corte Especial, quando do julgamento de recurso especial representativo da controvérsia, consolidou o entendimento de que a multa de 10% (dez por cento), prevista no caput do artigo 475-J do CPC, não incide automaticamente após o trânsito em julgado da decisão, revelando-se necessária (e suficiente) a intimação do devedor na pessoa do seu advogado, por publicação na imprensa oficial, para efetuar o pagamento no prazo de quinze dias, a partir de quando, caso não o efetue, passará a ser devida a sanção incidente sobre o montante da condenação” (REsp 1.262.933/RJ, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 19/06/2013, DJe de 20/08/2013).

de princípio aplicável no cumprimento ou na execução por título extrajudicial. O juiz não pode iniciar os atos executivos *ex officio* sem previsão legal, e, como se trata de questão patrimonial e disponível, o requerimento deve ser iniciado pelo credor. Afinal, o credor poderá não ter interesse em iniciar a execução, especialmente quando existirem credores com privilégio sobre o único bem penhorável. Essa conclusão autoriza, inclusive, o arquivamento do processo, com início de contagem da prescrição intercorrente. Para essa situação, não seria viável preparar a execução e os atos de expropriação para que o credor com garantia real venha a levantar a quantia depositada ou adjudicar o bem penhorado. De modo inteligente, o NCPC prevê a necessidade de intimação pessoal do devedor quando o cumprimento for iniciado depois de um ano do término do processo de conhecimento, o que se justifica para evitar a surpresa, ou mesmo a provável inexistência, de procurador contratado e habilitado.

13.3.2 Títulos executivos judiciais e extrajudiciais: execução de sentenças declaratórias

O NCPC, de modo previsível, não operou mudança radical em relação ao elenco dos *títulos judiciais*. E isso nem seria lógico, em virtude da alteração não muito distante do art. 475-N do CPC de 1973. O texto do art. 515 engloba o termo *decisão* no inciso I; portanto, tratando-se de termo genérico, tanto as decisões interlocutórias como as sentenças poderão ser alvo de cumprimento. Além disso, mais um dado deve ser acrescentado. Como não existe mais menção à sentença condenatória cível, tal como previsto pela antiga redação do art. 584 do CPC de 1973, devem ser englobadas como executáveis as sentenças declaratórias que contenham os elementos da sentença condenatória.

A jurisprudência do STJ tem admitido a exequibilidade em homenagem ao princípio da instrumentalidade do processo⁵. Essa hipó-

⁵ “Segundo jurisprudência sedimentada nesta Corte, confere-se eficácia executiva lato sensu ao provimento declaratório que acerta a relação jurídica discutida na demanda, pois ‘Não há

tese é característica nas situações em que a parte ingressa com pedido declaratório negativo e, ao final, tem sua pretensão rejeitada pelo Poder Judiciário. Como se sabe, as ações declaratórias propiciam o ambiente legítimo e perfeito para as pretensões dúplices, ou seja, sem a necessidade de reconvenção, justamente pela possibilidade de resultado positivo ou negativo. É o que acontece com o julgamento da ADI (ação direta de inconstitucionalidade). Sua improcedência torna desnecessário o ajuizamento de uma ADC (ação declaratória de constitucionalidade). Trata-se do efeito dúplice, que é uma característica da ação declaratória presente também em outros procedimentos, como na consignação em pagamento. Essa visão nitidamente instrumental orientou a doutrina, bem como a inteligente jurisprudência do STJ a firmar posicionamento quanto à desnecessidade de propositura de ação condenatória quando a improcedência da ação declaratória já possibilitar o ajuizamento da ação executiva. Isso se torna possível quando a sentença de improcedência, quanto à ação declaratória negativa, acaba gerando efeito positivo, ou seja, quando reconheça por via transversa a existência da obrigação, do valor e da exigibilidade dessa obrigação.

Nesse contexto, podemos falar que a ação declaratória será um título executivo, pois o art. 515, I, determina que o título executivo não é aquele que “condena”, mas apenas “reconhece”, a “a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa”. Logo, a sentença declaratória poderá consistir em título executivo judicial, dispensando o ajuizamento de ação condenatória. O argumento quanto à impossibilidade de sua caracterização, sob pena de gerar a imprescritibilidade das pretensões condenatórias, é fraco. É óbvio que, quando a sentença declaratória contiver os elementos da ação condenatória, o tratamento a ser conferido é o da prescrição da pretensão,

razão alguma, lógica ou jurídica, para submeter tal sentença, antes da sua execução, a um segundo juízo de certificação, cujo resultado seria necessariamente o mesmo, sob pena de ofensa à coisa julgada’ (REsp 1300231/RS, Relator Ministro Teori Zavascki, DJe 18/04/2012). 3. Precedentes do STJ, inclusive julgado sobre o rito do art. 543-C do CPC.4. Agravo regimental não provido” (AgRg no AREsp 109.377/MG, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 15/10/2013, DJe de 24/10/2013).

inclusive com a aplicação da Súmula 150 do STF. A possibilidade da execução da sentença declaratória representa economia processual e fortalecimento do sistema de crédito do mercado. A tutela jurisdicional se torna célere, longe do preciosismo conceptual e preocupada com a efetividade da obrigação insatisfeita.

Os títulos extrajudiciais acompanham uma trajetória histórica de longa formatação do Direito mercantil, cujo período inicial revela o surgimento dos títulos de crédito. Não houve mudança significativa no projeto, como se comprova pela leitura do art. 784 do NCPC. Houve significativo avanço técnico com a previsão de que as certidões emitidas pelos registradores e notários servirão como documento hábil para a execução dos emolumentos e despesas (art. 784, XI). A polêmica anterior quanto à possibilidade de execução das despesas condominiais restou superada com a previsão do art. 784, VIII. Pelo dispositivo, as despesas ordinárias ou extraordinárias, desde que aprovadas em assembleia condominial, poderão ser executadas pela via extrajudicial.

Outro ponto digno de menção se refere a uma prática já adotada nos Juizados Especiais e que foi paulatinamente introduzida no procedimento comum. Trata-se da possibilidade de protesto da sentença condenatória, a qual foi incorporada pelo art. 517 do NCPC. Essa medida tem reflexos práticos imensos, pois acaba por gerar uma restrição ao crédito em relação ao devedor. A informatização dos meios de comunicação e a adoção do processo eletrônico tornam essa modalidade de “pressão” extremamente eficaz e bem-vinda ao sistema processual.

13.3.3 A execução provisória e a facultatividade da via executiva

O cumprimento provisório de sentença apresenta um peccadilho fundamental em sua redação, pois desconsidera a posição já firmada pelo STJ quanto à impossibilidade de aplicar a multa de 10%

prevista pelo art. 523, § 1º, do NCPC⁶. Como se trata de uma decisão ainda provisória, não há sentido em se aplicar ao cálculo da execução o valor da multa, enquanto não for definitiva. Não há modificação radical quanto ao regime já previsto pelo art. 475-O do Código de 1973, mas houve um aperfeiçoamento interessante. A redação do art. 534, § 4º, determina:

A restituição ao estado anterior a que se refere o inciso II não implica o desfazimento da transferência de posse ou da alienação de propriedade ou de outro direito real eventualmente já realizada, ressalvado, sempre, o direito à reparação dos prejuízos causados ao executado.

Nesse caso se fortalece a proteção à boa-fé processual, pois na arrematação sempre se presumirá a boa-fé do terceiro que adquiriu o bem em praça judicial. O Código de Processo Civil português andou bem ao prever expressamente a boa-fé processual como dado essencial do sistema processual, no seu art. 8º: “As partes devem agir de boa-fé e observar os deveres de cooperação resultantes do preceituado no artigo anterior”. A boa-fé no processo executivo, como o dispositivo informa, está coligada ao princípio da cooperação previsto no art. 7º, o qual se revela essencial para a obtenção de resultado útil na esfera executiva.

⁶ “A execução provisória, por expressa dicção legal, ‘corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente’ (art. 475-O, inciso I, do CPC). Portanto, pendente recurso ‘ao qual não foi atribuído efeito suspensivo’ (art. 475-I, § 1º, do CPC), a lide ainda é evitável e a ‘causalidade’ da instauração do procedimento provisório deve recair sobre o exequente. 4. Com efeito, por ser a iniciativa da execução provisória mera opção do credor, descabe, nesse momento processual, o arbitramento de honorários em favor do exequente. 5. Posteriormente, convertendo-se a execução provisória em definitiva, nada impede que o magistrado proceda ao arbitramento dos honorários advocatícios, sempre franqueando ao devedor, com precedência, a possibilidade de cumprir, voluntária e tempestivamente, a condenação imposta e também elidir a multa prevista no art. 475-J, CPC. 6. Agravo regimental a que se nega provimento” (AgRg no REsp 1291652/PR, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21/08/2012, DJe de 29/08/2012).

A impossibilidade de aplicação do princípio da reconstituição no processo de execução, ainda que improcedente a execução provisória, revela o fortalecimento da boa-fé em favor do terceiro adquirente. Ao credor caberá sua responsabilidade em ressarcir o devedor, independentemente da sua culpa, pois a responsabilidade será objetiva (art. 520, I, c.c 776, NCPC).

O NCPC aproxima nosso sistema do CPC português quando estabelece a facultatividade da via extrajudicial, conforme o art. 785: “A existência de título executivo extrajudicial não impede a parte de optar pelo processo de conhecimento, a fim de obter título executivo judicial”. Essa solução, em nosso entendimento, não é interessante. Ela retira a dinamicidade e a vantagem econômica da criação do título extrajudicial, especialmente em relação aos títulos de crédito. Aquele que já detém título executivo extrajudicial não necessita da via ordinária. Afinal, o documento oriundo da lei (*ope legis*) possui força legal e com presunção *iuris tantum*. A efetividade não deveria ser retardada pela propositura da ação ordinária. A solução portuguesa, provável fonte do Direito Brasileiro, opera com sistema coerente quanto às despesas do processo, pois determina expressamente a responsabilidade do autor pelo pagamento das custas quando “o autor, munido de um título com manifesta força executiva, recorra ao processo de declaração” (art. 535, CPCP). Nada mais justo em transferir o ônus econômico do processo para o credor, quando, possuindo o meio mais ágil, insista na via mais longa.

13.3.4 Procedimento para o cumprimento por quantia certa

O NCPC aperfeiçoa o procedimento para a execução por quantia certa, sem modificação radical nos pressupostos processuais para o início da fase de expropriação, exceto quanto à desnecessidade de penhora como condição para a oferta da impugnação, o que pode ser visualizado claramente pela redação do art. 525 do NCPC: “Transcorrido

o prazo previsto no art. 535 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação”. Como afirmado alhures, há uma clara harmonização procedimental, pois o mesmo regime adotado para a execução por título extrajudicial é agora oferecido para a execução por título judicial. A petição inicial no cumprimento ganha descrição pormenorizada dos requisitos a serem cumpridos para a abertura do procedimento. Sem dúvida, a defesa, efetiva e ampla, exige o conhecimento dos pormenores que justificam a composição do débito, incluindo os índices específicos, o método de correção e o cálculo dos juros moratórios e remuneratórios (art. 524). O juiz também poderá se servir de contabilista, mas a prática revela que a dúvida será resolvida com a remessa dos autos ao contador judicial.

A defesa do executado poderá ser oferecida com as matérias que já constavam do art. 475-L do Código de Processo Civil de 1973, mas com importantes preenchimentos normativos sobre matérias polêmicas, como a possibilidade de se oferecer a exceção de pré-executividade sobre matérias atinentes à penhora e à avaliação, ou seja, por simples petição, sem a necessidade de oferecer embargos, conforme o art. 525, § 11, do NCPC. A necessidade de impugnação específica para fins de reconhecimento do excesso continua como previsão já reconhecida pelo art. 475-L do Código de Processo Civil de 1973. Todavia, houve sensível melhoria no NCPC em relação à determinação dos efeitos de reconhecimento da decisão do STF quanto ao controle difuso ou concentrado, bem como na interpretação conforme. A decisão do STF somente poderá afetar de modo imediato a execução quando proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda (art. 525, §14). Do contrário, ou seja, quando proferida após o trânsito em julgado, estará sujeita à ação rescisória, desde que respeitado o prazo de caducidade. Nisso se observa a incorporação da Súmula 487 do STJ.

13.3.5 A possibilidade de execução inversa

O projeto resgata a possibilidade da execução inversa, nos termos do art. 526, por meio de autêntica consignação ofertada pelo réu para o cumprimento voluntário da obrigação. Esse oferecimento impede a aplicação da multa de 10% e reflete economia na conta de custas, pois não poderão ser exigidos os valores da execução, uma vez que não houve qualquer ato executivo que justifique a cobrança do devedor. O valor depositado ficará sujeito ao contraditório, pois o credor terá o prazo de cinco dias para manifestação sobre a suficiência do depósito e poderá alegar a insuficiência. A divergência terá de ser decidida pelo juiz. Como a matéria poderá envolver a análise de cálculo, é possível que o juiz se socorra do contador judicial.

13.3.6 O cumprimento de sentença pela modulação do direito material

O NCPC incorpora a figura do cumprimento de sentença para aquelas situações que não haviam sido expressamente delineadas pela Lei n. 11.232/05, muito embora já percebidas pela jurisprudência⁷. A mais polêmica entre elas residia na execução de alimentos, pois os dispositivos dos arts. 732 e 733 do CPC de 1973 fazem menção ao Livro da execução por título extrajudicial. Com a redação do art. 528 do NCPC, não há mais dúvida: “No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que

⁷ “Ação de alimentos ajuizada em 2005, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 13.12.2012. 2. Determinar se a sistemática de execução estabelecida a partir da edição da Lei n. 11.232/05 pode também ser aplicada à execução de alimentos. 3. A Lei 11.232/2005 pretendeu tornar a prestação jurisdicional mais célere e menos burocrática, antecipando a satisfação do direito reconhecido na sentença. 4. Tendo em vista a urgência e a importância do crédito alimentar, conclui-se que a execução dos débitos alimentares pretéritos deve ser feita por meio de cumprimento de sentença. 5. Recurso especial conhecido e provido” (REsp 1315476/SP, Relatora Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 17/10/2013, DJe de 25/10/2013).

fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo”.

Uma das novidades quanto à execução de alimentos reside no protesto da decisão condenatória. Quanto à previsão de que o devedor de alimentos cumprirá a pena de prisão, ficou mantido o regime fechado, com previsão utópica de que os presos estarão alocados em regime diferenciado. A prisão civil tem sido aplicada de modo incorreto, pois a ausência de justificativa, ou a inexistência de demonstração cabal da incapacidade, tem sido valorada como elemento suficiente para a prisão. Isso desnatura sua aplicação, pois ela deve ser voltada para o devedor recalcitrante, e não para o devedor hipossuficiente.

O art. 528, § 7º, ainda incorpora posicionamento do STJ, pois somente as três últimas prestações poderão ser exigidas pelo rito da prisão, e as demais serão exigidas pelo rito do cumprimento, com a penhora de bens suficientes para a satisfação do débito. A execução dos alimentos terá a prerrogativa do benefício da execução no foro do alimentando. Sendo assim, a execução poderá ser processada em seu domicílio, uma vez que há presunção de sua hipossuficiência. Os descontos serão encaminhados por ofício aos empregados e funcionários cujos salários sejam descontados em folha, com possibilidade de que os valores de eventuais atrasados possam compor essa folha, desde que não ultrapassem 50% sobre os rendimentos do executado, o que comprometeria sua própria subsistência.

A obrigação alimentar oriunda de ato ilícito não sofre discriminação quanto à forma de execução e permite que a parte peça, após a sentença condenatória, a constituição de capital, que pode ser precedida de hipoteca judiciária, como meio de resguardar a possibilidade de pagamento. A constituição de capital é necessária apenas como um meio de garantir o pagamento da prestação, que nessas situações geralmente se estende por longo período.

Na execução contra a Fazenda Pública, harmoniza-se o procedimento com a instituição do cumprimento de sentença pelo art. 534 do NCP. Não há modificação substancial, com prazo agora ajustado no

CPC para 30 dias. Entre as inovações, pode ser citada a necessidade de substanciação expressa da petição inicial, com descrição analítica para permitir a defesa efetiva da Fazenda Pública, nos termos do que é exigido pelo art. 534 do NCPC. A multa de 10% não se aplicará em relação à Fazenda, uma vez que o pagamento somente se dará após a expedição de precatório e com verificação prévia do valor exigido, como dispõe o art. 535, § 2º, do NCPC. Na execução contra a Fazenda, acaba sendo diferenciada a execução de pequeno valor (RPV) — que não dependerá de expedição de precatório — daquela que será materializada por atividade do Presidente do Tribunal que tem a competência para determinar a expedição e requisição de pagamento ao Poder Executivo, para pagamento no exercício financeiro seguinte (art. 535, § 3º, I e II).

No cumprimento de sentença para as obrigações de fazer e não fazer, assim como para as obrigações de dar coisa certa ou incerta, houve um retrocesso quanto ao dispositivo apresentado. A versão oriunda do Senado Federal, embora ainda não fosse a ideal, procurava adaptar o tema sensível das astreintes à realidade. No cumprimento de decisões mandamentais ou executivas *lato sensu*, a multa diária sempre foi encarada como um meio de pressão (*moyen de pression*), o que justifica a sua origem no Direito francês. Por outro lado, sua aplicação no Direito Brasileiro tem gerado grande polêmica pelos abusos da multa. Em muitas situações há um estímulo ao descumprimento, para que o valor possa ser posteriormente executado e recebido pelo exequente. Essa posição é absurda no Direito Brasileiro e não se coaduna com sistemas como o alemão, em que a multa é sempre direcionada ao Estado. Afinal, a multa é devida pelo descumprimento da ordem judicial, e não da obrigação. A obrigação já tem seus acréscimos naturais pautados por perdas e danos, cláusula penal, juros moratórios e remuneratórios. Não há por que se atribuir o valor da multa para o exequente, como faz o art. 537, § 2º: “O valor da multa será devido ao exequente”.

De acordo com o comentário anterior, quando na fase de tramitação do então Projeto de CPC, na versão do Senado ainda se tentou incorporar, equivocadamente, o posicionamento português, de acordo com o qual a multa seria destinada metade para o Estado e metade

para a parte, contudo com fórmula diversa. A previsão original determinava que o valor seria devido ao exequente até o valor da obrigação executada. O excesso, por sua vez, seria repassado ao Estado. O único mérito do dispositivo está em prever que a multa não poderá ser cobrada senão após o trânsito em julgado da decisão. Na obrigação de entrega de coisa certa, deve ser feita menção ao posicionamento da jurisprudência no que tange à necessidade de a existência da benfeitoria ser alegada até a fase da contestação. Do contrário, não haverá como se determinar a produção da prova sobre o bem em relação ao qual se exerce o direito de retenção.

13.4 Conclusão

Esta breve análise permite concluir que o cumprimento de sentença não foi alvo de radical transformação perante o NCPC. No entanto, a conclusão não poderia ser diversa, na medida em que o Livro II do Código de Processo Civil de 1973 foi alvo de duas grandes alterações processuais e que podem ser consideradas recentes, em vista de sua magnitude em nosso sistema (leis n. 11.232/05 e n. 11.382/05). É possível visualizar a contribuição direta da reforma portuguesa em muitos dispositivos do projeto, cuja menção é abreviada em virtude dos limites da exposição. Ao mesmo tempo em que há uma melhoria sensível pela sistematização do cumprimento em relação às demais obrigações especiais, perdeu-se oportunidade singular para a solução de problemas específicos e importantes, como o direcionamento da multa para o Estado na execução da obrigação de fazer e de dar, ou, ainda, a ausência de reflexão quanto ao momento da avaliação, especialmente pelo fato da adjudicação preceder o ato de arrematação. Esse fato coloca em discussão se a atividade de avaliação realmente poderá ser realizada pelos oficiais de justiça que foram transformados, sem qualquer preparo, em técnicos judiciários com função de execução de mandado. Por outro lado, denota-se um aperfeiçoamento em vários dispositivos

e a incorporação da jurisprudência, especialmente do STJ, sobre pontos importantes, como na execução de alimentos.

A mudança é positiva, mas sem prejuízo do aperfeiçoamento do texto legal pela atividade interpretativa dos operadores perante os tribunais, o que é fato incontestável no sistema atual. A reforma sedimenta a noção do cumprimento de sentença como fase do processo de conhecimento mediante iniciativa por requerimento do credor, o qual não terá as amarras do efeito suspensivo, mesmo com a apresentação da impugnação, pois a paralisação da atividade executiva será excepcional. Logo, observa-se a tendência de busca de celeridade e efetividade sem ferir a possibilidade de defesa do devedor. Apenas se inverte a posição de primazia, pois o título expressa uma presunção *iuris tantum* de certeza, a qual legitima a concessão de medidas que proporcionem mais agilidade na satisfação da pretensão creditória. A possibilidade de recusa da execução extrajudicial representa um retrocesso, na medida em que retira a eficácia desta. Sob o ponto de vista econômico, a facultatividade é prejudicial para o credor e não tem justificativa em nosso sistema, pois o processo civil Brasileiro adota a teoria das condições da ação para a análise da viabilidade do interesse de agir. Por esse motivo, a ação de conhecimento não poderia ser admitida por ausência de utilidade e necessidade. As ponderações elencadas demonstram o fortalecimento da tutela executiva perante o NCPC, sendo essencial a colaboração de ambas as partes, bem como a boa-fé como condição essencial para o bom funcionamento dessa tutela. Por essa razão, além de uma mudança legislativa, espera-se uma mudança de postura de todos os atores processuais.

Referências

ARRUDA ALVIM, J. M. *Tratado de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

ARRUDA ALVIM, J. M. *Manual de Direito Processual Civil*. v. 1. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

- ASSIS, A. de. *Manual do processo de execução*. 15. ed. São Paulo: RT, 2012.
- ASSIS, A. de. *Execução civil nos juizados especiais*. 5. ed. São Paulo: RT, 2013.
- BARBOSA MOREIRA, J. C. *O novo processo civil Brasileiro*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- CHIOVENDA, G. *Instituições de Direito Processual*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1967.
- COMOGLIO, L. P. *Lezione sul Processo Civile*. Bologna: Il Mulino, 1995.
- CORSARO, V. *Manuale Dell'Esecuzione Forzata*. 3 ed. Milano: Giuffrè, 1996.
- COUTURE, E. J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1993.
- DONNIER, M. *Voies D'Execution et Procedures de Distribution*. 4. ed. Paris: Litec, 1996.
- GUERRA, M. L. *Execução indireta*. 1. ed. São Paulo: RT, 1998.
- HÉRON, J. *Droit Judiciaire Privé*. Paris: Montchrestien, 1991.
- KELSEN, H. *Reine Rechtslehre*. Reinheim: Scientia Verlag Aalen, 1994.
- MICHELI, G. A. *Corso di Diritto Civile: parte generale*. Milano: Giuffrè, 1959.
- PINTO, R. *Manual da execução e despejo*. Coimbra: Coimbra Ed., 2013.
- REIS, J. A. dos. *Processo de execução*. v. 1. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1985.
- SHIMURA, S. *Título executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- THEODORO JÚNIOR, H. *Processo de execução*. 18. ed. São Paulo: Leud, 1997.
- ZANZUCCHI, M. T. *Diritto Processuale Civile*. v. 1. Milano: Giuffrè, 1964.

DESÍGNIOS DO “NOVO” CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PORTUGUÊS

José Luís Bonifácio Ramos

14.1 Introdução: O Processo Civil perante os desígnios do século XXI

Após o dealbar do novo século parece acertado proceder a uma reflexão em sede de dogmática jurídica, em especial no que tange ao Direito Civil e ao Direito Processual Civil. Quanto ao primeiro, cumpre recordar as reflexões acerca de um novo Código Civil português (REFORMA..., 2005, p. 13 e ss.; CORDEIRO, 2004, p. 13 e ss.; BONIFÁCIO RAMOS, 2012, p. 581 e ss.), bem como os trabalhos que culminaram na aprovação do Código Civil Brasileiro de 2002, que, na voracidade dos tempos, já motivou uma reflexão aprofundada por ocasião do seu décimo aniversário. Aliás, a esse propósito, como jus civilista interessado pelos Direitos Reais, indico, a título exemplificativo, dois importantes estudos: um relativo ao regime

de bens no Código Civil (TEPEDINO, 2012, p. 47 e ss.) e outro sobre a função social da propriedade (ARRUDA ALVIM, 2012, p. 568 e ss.).

Também o novo século motivou importantes reflexões a propósito do ramo do Direito que estabelece meios adequados, enquanto Direito instrumental, de tutela objectiva do direito material (CASTRO MENDES, 1980, p. 144-145) ou enquanto garantia da norma de Direito Civil (LEBRE DE FREITAS, 2013, p. 14) — ou seja, o próprio Direito Processual Civil. Aliás, atualmente justifica-se, sobremaneira, a reflexão tendo em conta as recentes reformas dos Códigos de Processo Civil português e Brasileiro. Umas entraram em vigor, outras irão entrar a breve trecho.

Por isso, há actualidade e pleno cabimento ao promover eventos desta natureza. Sobretudo, perante o sugestivo tópico da busca de caminhos para a superação jurídico-económica da crise e, no seu seio, o subtema dedicado às Perspectivas do Direito Processual. Devemos, portanto, cumprimentar os organizadores pela escolha certa. Pela minha parte, espero estar à altura do desafio suscitado.

Indicamos, em jeito de título, os Desígnios do “novo” CPC, pois entendemos só nos ser possível compreender uma reforma, sobretudo de jaez jurídico-processual, se conseguirmos compreender os seus propósitos. De registar que inserimos o adjectivo “novo” entre aspas porque a novidade alardeada deixa muito a desejar, ou, mais francamente, detectam-se, *ab initio*, sérios indícios que levam a concluir não ter havido inovação significativa.

Embora pretendamos concentrar-nos na análise da reforma jusprocessualista portuguesa, bem sabendo que o estudo da reforma processual Brasileira ficará a cargo de eminentes professores do nosso país irmão, faremos breve referência a alguns aspectos, bem circunscritos, do Projecto do CPC Brasileiro, de modo a ilustrar, por contraste, os aspectos que nos parecem menos conseguidos na reforma portuguesa.

14.2 A reforma do CPC: pressupostos e metodologia

Se os pressupostos que estiveram na base da Reforma do Código de Processo Civil Brasileiro foram o excesso de formalismo, o aumento de litigiosidade e a prodigalidade do sistema recursal do país, atento o preclaro diagnóstico de Luiz Fux (2011, p. 4 e ss.), presidente da Comissão Revisora, cumpre destacar a auscultação pública, o debate entre amplos sectores da comunidade científica Brasileira, além da audição do próprio Instituto Brasileiro de Direito Processual (FUX, 2011, p. 4). Convém sublinhar que o próprio Senado nomeou uma Comissão Especial para analisar as múltiplas propostas enviadas pelos diversos sectores da sociedade Brasileira¹, introduzindo, após isso, algumas adaptações, antes de o enviar para a Câmara dos Deputados, nos termos e para os efeitos do art. 65º da Constituição Federal.

Parece ter havido, na medida do possível, uma procura de consenso entre o Governo e os diversos operadores judiciários, em estreita obediência à propalada harmonia entre os Poderes ou estreita colaboração entre o Legislativo, o Judiciário e o Executivo². Mas a metodologia prosseguida não se limitou a procurar consensualizar reformas: tentou preparar a comunidade para as mudanças a implementar no futuro. Daí a necessidade de a sensibilizar, estipulando-se um período de adaptação, equilibrado ou até relativamente longo. Convém sublinhar que o preceito relativo à entrada em vigor do novo CPC Brasileiro determinou que isso só sucederia um ano após a data da respectiva publicação oficial³.

¹ A Comissão foi formada por Athos Gusmão Carneiro, Cassio Bueno, Dorival Renato Pavan e Luís Henrique Volpe Camargo (BUENO, 2011, p. 112).

² Cf. o texto do ex-presidente do Senado, José Sarney, aquando da realização das audiências públicas, no sentido de auscultar as expectativas da sociedade Brasileira (Brasil, 2010).

³ Cf. o art. 961º do Projecto.

Ao passo que, no Direito Processual Civil português, a diferença é, a meu ver, abissal. Efectivamente a Lei e o Código de Processo Civil que dele é parte integrante foram publicados a 26 de junho de 2013⁴, no intuito de entrar em vigor, não no ano seguinte, mas logo a 1º de setembro de 2013. Ou seja, uma *vacatio legis* minimal, de pouco mais de dois meses, o que para uma reforma legislativa deste jaez representa algo, simultaneamente, temerário e imprudente. Mas há mais e pior. A reforma do CPC devia ter vindo acompanhada da correspondente reforma do sistema judiciário. Que sucedeu? A nova Lei Orgânica do Sistema Judiciário (LOSJ) — Lei n. 62/2013 — não só foi publicada a 26 de agosto, a poucos dias de o CPC entrar em vigor, como o conteúdo das respectivas normas transitórias refulgem nos anais da originalidade.

Em boa verdade, o conteúdo dos arts. 187º e 188º da LOSJ, sobre a entrada em vigor e as normas revogatórias, é, no mínimo, surpreendente. Se o art. 187º determina a revogação de grande parte da Lei n. 52/2008, de 28 de agosto, e da totalidade da Lei n. 3/99, de 13 de janeiro, ou seja, as duas leis de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais que vigoraram, em estranha coexistência, no âmbito do “velho” CPC, o art. 188º determina, por seu turno, a entrada em vigor da nova LOSJ, de modo faseado. Ou seja, enquanto os arts. 172º, 181º e 182º entram em vigor no dia seguinte ao da publicação da lei, afinal 27 de agosto de 2013, os números 2 e 3 do art. 184º não produzem quaisquer efeitos durante a vigência do Programa de Assistência Económica e Financeira. Ao passo que o art. 186º vigorará, de imediato, após a entrada em vigor da lei que aprova o CPC, em 1º de setembro de 2013. Todavia, para que a diversidade de regimes não termine por aqui, cumpre salientar que a maioria dos preceitos da nova LOSJ só entra em vigor na data de início da produção de efeitos do Decreto-Lei que aprova o Regime de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais, nos termos do nº 1 do art. 188º da LOSJ. E o mais espantoso é que isso ainda não sucedeu.

⁴ Cf. Lei n. 41/2013, de 26 de junho, que aprova o Código de Processo Civil.

Realmente o Decreto-Lei ainda se encontra na forma de Anteprojecto, desconhecendo-se quando entrará em vigor, dado estar a decorrer o prazo de auscultação de diversas entidades, v.g., os Conselhos Superiores de Magistratura e do Ministério Público. Ora, se a reorganização do sistema judiciário constante da nova LOSJ dá corpo ao alargamento da base territorial das circunscrições judiciais, à instalação de jurisdições especializadas a nível nacional e à implementação de um novo modelo de gestão das comarcas, não se percebe que, por falta de regulamentação, da correspondente entrada em vigor do Decreto-Lei, em Anteprojecto, ainda estejamos na vigência das antigas Leis Orgânicas que, de modo paradoxal, convivem já com o novo CPC.

Ou seja, se o regime prescrito na nova LOSJ ainda não entrou, em grande parte, em vigor, atento o preceituado no nº 1 do art. 188º, o mesmo não sucede quanto ao novo CPC, vigente desde 1º de setembro de 2013. Ele não é indiferente à estrutura judiciária, pois até inclui um preceito, o art. 66º, em que a respectiva epígrafe distingue entre a instância central e a instância local. Deste modo, fazia todo sentido que o novo CPC entrasse em vigor acompanhado de uma nova organização judiciária. Ora, se o “novo” CPC havia sido pensado de modo a assentar numa outra estrutura judiciária, acaba por entrar em vigor desacompanhado da estrutura que devia dar-lhe suporte. Mas há mais. Quando o citado Decreto-Lei entrar em vigor e provocar a correlativa aplicação da parte da nova LOSJ que ainda não vigora, teremos uma outra reforma em curso, susceptível de provocar grande convulsão nos tribunais e nos operadores judiciais. Falamos no controverso Mapa Judiciário, que muito ainda irá perturbar o andamento da acção cível.

Em síntese, a reforma legislativa foi precipitada. Além disso, tem entrado em vigor por fases e aos solavancos, deixando perplexa a comunidade académica. Por mim, se já havia confessado que antes de dar uma aula de Processo Civil consultava, diariamente, o *site* da PDGL, de modo a constatar se uma outra reforma processual teria alterado, uma vez mais, o quadro jurídico vigente,

agora, de modo a aproveitar o tempo útil, vi-me forçado a promover um acordo com os alunos — ficcionar que, além de um “novo” CPC, encontra-se em vigor, na sua completude, a Lei Orgânica, promovendo a propalada especialização em cada comarca, sob pena de perdermos parte do ano lectivo a apurar os equívocos resultantes desta confusa amálgama legislativa. Embora reconheçamos não ser a melhor metodologia estudar algo que não se encontra ainda totalmente em vigor, talvez seja preferível assim proceder do que procurar averiguar o que foi revogado e aquilo que irá deixar de vigorar daqui a um ou dois meses.

Por extraordinário que pareça, os propósitos iniciais da Comissão Revisora eram bem mais modestos do que a sua congénere Brasileira. O objectivo não era apresentar um novo Código, mas proceder a uma reforma circunscrita do CPC que, como era sabido, havia sofrido múltiplas e, por vezes, contraditórias alterações. Por isso, quando se institui a Comissão, alude-se à necessidade de identificar os momentos e as causas de retardamento e de insegurança na marcha processual, no intuito de se poder obter uma decisão judicial em tempo útil⁵.

No entanto, após a dissolução da Assembleia e o subsequente acto eleitoral, a Ministra da Justiça do XIX Governo Constitucional, considerando de grande qualidade o trabalho realizado, decidiu reconduzir a Comissão, atribuindo-lhe um mandato mais vasto, ainda que balizado por um curto período de 4 meses — 1º de setembro a 31 de dezembro de 2011. Apesar do exíguo limite temporal, aquele conjunto de personalidades conseguiu elaborar uma proposta de alteração de diversos preceitos do CPC, tendo por base o texto revisto do Código de 1939⁶, apresentando-a, ainda em dezembro de 2011, à Ministra da Justiça. Posteriormente, embora tenha sido submetida a discussão pública, de acordo com os procedimentos normais, a Ministra

⁵ Cf. Despacho n. 64/2010, publicado no DR, II série, de 5 de janeiro de 2010.

⁶ Acompanhamos, como dissemos antes, a orientação doutrinária que sustenta que o CPC manteve a matriz originária do Código de 1939, desconsiderando qualquer outra autonomia distintiva nas reformas de 1961 ou de 1995 (BONIFÁCIO RAMOS, 2012, p. 932).

resolveu voltar atrás, por motivos que, verdadeiramente, nunca conseguimos compreender. Deste modo, adoptando uma deselegante metodologia, resolveu mudar de azimute, renomeando apenas três dos elementos da anterior Comissão, composta por nove pessoas, às quais solicitou a tarefa de proceder a uma revisão geral da proposta antes apresentada, procurando introduzir, nas palavras dos respectivos membros, “ajustamentos tidos por adequados, providenciando pela renumeração do diploma e eventual ajustamento na sistematização” (CORREIA; PIMENTA; CASTANHEIRA, 2013, p. 7).

Em nossa opinião, consideramos espantoso que três ex-elementos da Comissão tenham aceite aquela tarefa, sem passar palavra aos demais, entretendo-se a laborar em cima da proposta comum, alterando preceitos, a renumerando artigos. O resultado foi não qualquer reforma, mas uma estranha operação cosmética de renumeração de artigos, no intuito de apresentar um “novo” Código de Processo Civil. Porém, esta repentina e atabalhoada renumeração, ao procurar ficcionar um “novo” CPC, traz nocivas consequências. Sobretudo, ao dificultar a vida aos estudiosos do processo, à comunidade académica e jurídica, sem indicar, por contraste, uma virtualidade digna de nota — a menos que se pretenda reconhecer a importância de a Ministra poder alardear, com a Troika ou algum jornalista menos informado, que se havia conseguido elaborar um “novo” CPC.

Tal expediente não convence sequer um cidadão mais atento, jurista ou não jurista. A “novidade” soçobra numa primeira e perfunctória leitura comparativa. Sob o manto diáfano da novidade, muito concorre para demonstrar que assim não é. Aliás, os próprios serviços do Ministério da Justiça, precisamente a Direcção-Geral de Política de Justiça, ao disponibilizarem, no respectivo sítio na internet, uma tabela de correspondência entre os artigos do CPC revogado e os do “novo” CPC, também indiciam uma ausência de novidade. Efectivamente, a haver outro CPC, não seria necessária uma tabela de correspondência, ainda por cima elaborada pelos serviços do Ministério e incluída, em anexo, na versão final do CPC. Além disso, constatamos, com incredulidade, que a tabela elaborada pelo

MJ procede a uma correspondência entre o CPC revogado e o “novo” CPC, não adoptando uma lógica natural — exactamente ao contrário, partindo da novidade, para o que deixou de vigorar. A haver outro CPC, seria indicado partir da novidade para a lei revogada, de modo a sublinhar o novo, em face do Direito anterior. Ao preferir o percurso inverso, do revogado ao “novo”, a mensagem subliminar é a seguinte: a centralidade reside no CPC revogado, ao qual é necessário fazer corresponder os artigos que mudaram de lugar, destinados a integrar o “novo” CPC. Esta significativa mensagem, veiculada por um serviço do Ministério da Justiça, parece acompanhar a declaração, de natureza oficial, que apresenta o “novo” CPC. Será uma espécie de declaração oficiosa, indicando, subrepticiamente, que, afinal, não há grande novidade, dada a correspondência, por vezes, na íntegra, *ipsis verbis*, a muitos dos preceitos revogados. Aliás, se não é fácil encontrá-los na floresta renumeratória do “novo” CPC, temos a ajuda da tal tabela de correspondência, uma solução perante o dédalo em que poderia cair o incauto estudioso do “novo” CPC.

Aliás, a própria tabela indica haver uma minoria de preceitos sem qualquer correspondência. Isso prenuncia a falta de novidade. A acrescer a isso, após uma simples leitura comparativa, verificamos que uma parte significativa do articulado coincide com o articulado anterior. Muitos preceitos legais, idênticos, apenas mudaram de lugar, de artigo, de número ou de alínea. Ora, ao prosseguir a correspondência indicada na tabela, concluímos que a estrutura dos CPCs, do “novo” e do antigo, é a mesma. Além disso, muitos dos preceitos revelam identidade, total ou parcial, em face dos preceitos anteriores. Outros evidenciam singelas modificações de redacção — na maior parte dos casos, apresentando pior e mais infeliz formulação. Encontramos, ainda, alguma fusão de preceitos, na tentativa de procurar sistematizar matérias ou assuntos. Porém, os seus resultados parecem ser mais nocivos do que o *status quo ante*.

A este propósito, Lebre de Freitas (2013, p. 5), além de manifestar total discordância em face da renumeração, sublinha a injustificada e prejudicial deslocação para a Parte Geral de centenas de

artigos atinentes à instrução do processo. Por isso, não basta renumerar, procurando fazer cessar a “manta de retalhos”⁷, ou, de outro modo, consolidar um novo figurino⁸, mas há que se avaliar as respectivas vantagens e desvantagens da medida. Ora, se as desvantagens avultam, cumpre reconhecer que tal infeliz ideia não pode representar, por si só, a idiosincrasia da novidade. Por outras palavras, não basta renumerar o CPC, sucessivamente alterado desde 1939⁹, para considerar a fundação de um novo CPC. Tanto mais quando parte significativa do respectivo corpo normativo é, afinal, igual ou praticamente igual ao antigo Código. Na maioria dos casos, como se referiu, houve singelas alterações numéricas ou, quanto muito, modificações sistemáticas ou de forma — menos de conteúdo.

14.3 A mistificação do “novo” CPC português

No Direito Brasileiro, encontramos um Projecto de CPC assente numa novel estrutura, donde sobressai uma parte geral, reiteradamente defendida pela doutrina (WAMBIER, 1991, p. 7 e ss.). Encontramos, ainda, outras novidades. No Livro I, *Parte Geral*, há o dever de colaboração, o princípio do contraditório e o princípio da cooperação internacional. No Livro II, *Do Processo de Conhecimento*, a abolição do procedimento sumário, maior receptividade da alteração do pedido e da causa de pedir, introdução do pedido contra-posto na contestação, normas relativas ao julgamento imediato do pedido e registo da audiência de instrução e julgamento. No Livro III, *Do Processo de Execução*, o dever de colaboração na execução, o explicitar da citação por hora certa ou da penhora em dinheiro. No

⁷ Expressão inserta na Exposição de Motivos do CPC.

⁸ O citado figurino novo assentaria em diferente análise, exame e apreensão das normas, além de tentar pôr termo àquilo que designam por patologia das normas em branco (CORREIA; PIMENTA; CASTANHEIRA, 2013, p. 10).

⁹ Como defendemos em estudo anterior, o actual Código assenta na matriz original de Alberto dos Reis, à qual foram apostas diversas e sucessivas alterações, ao longo de mais de 70 anos.

Livro IV, *Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais*, a sustentação oral na defesa da acção rescisória, o voto de vencido a integrar o acórdão, mais atenção à homologação de sentença estrangeira, eliminação do agravo retido e dos embargos infringentes, inovações no que respeita à técnica de julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial repetitivo. Relativamente ao Livro V, *Disposições Finais e Transitórias*, é de sublinhar as causas submetidas a procedimento comum, v.g., as avarias, as arribadas forçadas e a apreensão de embarcações, a descodificação do processo de execução comum contra devedor insolvente e normas próprias do Direito transitório.

O contraste não pode ser maior perante o CPC português. Após a consolidada sistemática estrutural do anterior CPC — *Da Acção* (Livro I), *Da Competência e Garantias de Imparcialidade* (Livro II), *Do Processo* (Livro III) —, encontramos a seguinte estrutura: *Da Acção, Das Partes e Do Tribunal* (Livro I), *Do Processo em Geral* (Livro II), *Do Processo de Declaração* (Livro III), *Do Processo de Execução* (Livro IV) e *Dos Processos Especiais* (Livro V). Ela representa uma forçada autonomia de alguns títulos do anterior Livro III (*Disposições Gerais, Processo de Declaração e de Execução*) e a inexplicável agregação *Da Acção, Competência e Garantias de Imparcialidade* num equívoco Livro I, em que se pretendem unir prescrições atinentes à Acção, às Partes e ao Tribunal.

Deste modo, se tais alterações não prenunciam ideias que permitam consolidar a genuinidade do CPC, cumpre aprofundar a indagação, de modo a poder fundamentar uma conclusão posterior. Analisaremos, subseqüentemente, a exposição de motivos e, depois disso, alguns preceitos legais do articulado do CPC que entrou em vigor a 1^o de setembro de 2013.

Na exposição de motivos da Lei que aprova o Código de Processo Civil¹⁰, encontramos referência aos poderes de gestão, à responsabilização de todos os intervenientes processuais, a uma nova cultura judiciária e a um modelo de processo civil simples e

¹⁰ Cf. Lei n. 41/2013, de 26 de junho.

flexível, despojado de formalismos e centrado nas questões essenciais do mérito da causa. No sentido de atingir estes propósitos, enfatiza o figurino da audiência prévia, na prossecução dos princípios da oralidade e da concentração dos debates.

No âmbito do segundo mandato da Comissão, cumpre destacar as regras de gestão e tramitação processual, a programação das diligências de prova em audiência final e criação de mecanismos que visem conferir mais eficácia à segunda instância no exame da matéria de facto. Acresce-se a necessidade de reforma da acção executiva e as correlativas implicações na estrutura do mapa judiciário, assim como as directrizes emanadas do Programa de Assistência Financeira a Portugal. Apesar do prazo do segundo mandato e do aproveitamento dos trabalhos anteriores, deve sublinhar-se o meritório resultado apresentado pela Comissão para a Reforma do Processo Civil, nomeadamente: o reforço do princípio do inquisitório e do poder de direcção do processo pelo juiz; a importação do princípio de gestão processual antes consagrado no processo experimental; a restrição das possibilidades impugnatórias; o reforço dos instrumentos de defesa contra o exercício de faculdades dilatórias; a reformulação da tutela urgente e cautelar; a limitação dos incidentes de intervenção de terceiros; a reformulação da fase intermédia do processo; a introdução de um novo meio de prova; e as verificações não judiciais qualificadas.

Todavia, se estas medidas prenunciam alterações, delas não resulta a emergência de um novo CPC, tanto mais que, em muitas delas, não há novidade, mas a tentativa de aperfeiçoar institutos e actos processuais antes existentes. Por isso, no sentido de prosseguir a indagação enunciada, julgamos conveniente proceder a uma análise comparativa, ainda que por amostragem, dos preceitos legais, de modo a verificar se houve outra reforma pontual do CPC de 1939, ou, antes, a substituição de um Código antigo por outro que consubstancia um paradigma distinto daquele que vigorava desde 1939.

Temos de convir que esta metodologia confirma o que antes se havia indiciado. Se a estrutura adoptada nos fez intuir uma falta de novidade, a comparação do teor dos diversos preceitos legais escolhidos para a leitura comparativa ainda acentua, flagrantemente, a ideia de que a novidade não é paradigma, sequer factor relevante deste CPC. Aliás, a similitude, a identidade, total ou parcial dos preceitos, em face do Código anterior, parece ser o denominador comum dos estudos comparativos realizados. Num primeiro momento, atentámos nos primeiros sessenta artigos do CPC de 2013; num segundo, em outro importante conjunto de preceitos, os arts. 259º a 352º.

Ao atentar nos primeiros sessenta artigos, verificamos o seguinte rol de preceitos exactamente iguais a preceitos anteriores: 1º, 2º, 4º, 8º, 9º, 11º, 12º, 13º, 14º, 15º, 19º, 22º, 23º, 26º, 28º, 31º, 32º, 35º, 36º, 39º, 42º, 43º, 44º, 45º, 46º, 53º, 55º, 57º. Mantendo a amostragem, encontramos outros a representar meras alterações sistemáticas ou terminológicas. Temos, assim, os seguintes arts.: 3º, 7º, 10º, 16º, 17º, 18º, 20º, 24º, 25º, 27º, 29º, 30º, 33º, 34º, 38º, 41º, 48º, 49º, 50º, 51º, 52º, 54º, 58º, 59º e 60º.

Prosseguindo a busca da novidade, analisaremos agora os preceitos que escapam aquelas duas perfunctórias triagens. No entanto, nem aí encontramos profundas reformas, sequer alterações significativas, em face do regime vigente antes da entrada em vigor do actual CPC. A propósito, indicamos, em especial, os arts. 21º e 40º. Quanto ao art. 20º, notamos um conteúdo muito semelhante ao anterior art. 15º, acrescentando-se, agora, a referência à transmissão electrónica de dados e ao regime constante da Portaria n. 280/2013, de 26 de agosto. Algo similar sucede no art. 40º, no qual, além da estrita correspondência dos números 1 e 2, em face do antigo art. 32º do CPC, acrescenta-se a tentativa de o compatibilizar em face do disposto no Regime Jurídico do Processo de Inventário, aprovado pela Lei n. 23/2013, de 5 de março.

Ora, no grupo indicado, restam os arts. 5º, 6º, 37º, 47º e 56º. Será que as respectivas alterações permitem justificar a conclusão

relativa à alegada novidade do CPC? Averiguando tal possibilidade, analisaremos, em separado, cada um desses preceitos legais mencionados.

Quanto ao art. 5º, subordinado à epígrafe, Ónus de Alegação das Partes e Poderes de Cognição do Tribunal, verificamos existir enorme similitude em face do ex-art. 264º, sobre o princípio do dispositivo. Apenas difere no seguinte: se antes cabia às partes alegarem factos integradores da causa de pedir e na qual se baseiam as excepções, agora restringe-se à alegação aos factos essenciais. Acresce, ainda, a possibilidade de o tribunal atender aos factos complementadores, não considerados essenciais e, assim, alegados pelas partes.

O art. 6º, sobre o propalado dever de gestão processual, é, por sua vez, nos termos da exposição de motivos, a importação para “o processo comum o princípio da gestão processual, consagrado no âmbito do regime processual experimental, conferindo ao juiz um poder autónomo de direcção activa do processo”. A acrescer a isso, importa recordar o que se dispunha no ex-art. 265º, relativo ao poder de direcção do processo, que surge agora no art. 6º, em especial, no respectivo nº 2.

Quanto ao art. 37º, há grande similitude por confronto com o ex-art. 31º, excluindo a diversidade das formas do processo em razão do valor. Algo semelhante no caso do conteúdo do art. 47º, pois corresponde ao art. 39º, excepto no que respeita à solicitação de patrocínio ao competente Conselho Distrital da Ordem de Advogados. Também o art. 56º, sobre a coligação, segue de muito perto o ex-art. 58º, excepto no que respeita à eliminação da referência à coligação sucessiva activa.

Em síntese, podemos afirmar, após a análise dos sessenta primeiros artigos do CPC e da consequente utilização de uma tabela de correspondência entre o novo e o antigo, não o caminho inverso disponibilizado pelo legislador, que a novidade é pouca. Quase nenhuma. Aparte acertos formais, de uma reorganização de índole sistemática, nem sempre conseguida, da adaptação de

algumas modificações, v.g., a supressão das formas de processo na acção declarativa, pouco encontramos de significativo. Tanto mais que o motivo de eliminação do processo sumaríssimo terá sido a absorção pelo regime dos procedimentos destinados a exigir o cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contratos¹¹. Porém, nem aquela reforma assume profundidade, dado determinar-se que o procedimento se manterá em vigor, prevalecendo os procedimentos instituídos, em face do processo declarativo comum. Deste modo, se a reforma nem integra, sequer, a anterior legislação avulsa, cumpre duvidar do alcance de tais alterações e, sobretudo, da novidade alardeada com pompa e circunstância.

Contudo, admitindo que a amostragem dos primeiros sessenta artigos do CPC pode não ser representativa, atentando na extensão do articulado e na possibilidade de que as novidades de maior relevo se encontram noutras partes do Código, procederemos a mais uma amostragem. Deste modo, escolhemos a parte atinente à estabilidade e modificação da instância, tanto mais que a exposição de motivos refere a necessidade de restringir a intervenção de terceiros na relação material controvertida. Por isso, procederemos a outra leitura comparativa, desta vez, entre os actuais arts. 259º a 352º do CPC.

Mas o que sobressai na primeira amostragem, sobressai ainda nesta. Ou seja, encontramos uma extensa lista de preceitos exactamente iguais aos que vigoraram antes, sob outra numeração, no CPC revogado. Efectivamente, encontramos estreita similitude nos arts. 259º, 260º, 261º, 262º, 264º, 268º, 270º, 274º, 277º, 278º, 279º, 282º, 283º, 284º, 285º, 286º, 287º, 288º, 289º, 293º, 297º, 298º, 299º, 300º, 301º, 303º, 304º, 306º, 308º, 309º, 312º, 314º, 317º, 318º, 319º, 321º, 325º, 326º, 327º, 328º, 329º, 330º, 331º, 332º, 333º, 334º, 335º, 336º, 337º, 341º, 342º, 343º, 344º, 345º, 346º, 347º, 348º, 349º e 350º. Além disso, notamos adaptações sistemáticas ou de mera redacção nos arts. 263º, 265º, 267º, 271º, 276º, 290º, 291º, 292º, 295º, 296º, 302º, 305º, 313º, 316º, 323º, 324º, 338º, 339º e 340º.

¹¹ Cf. o Decreto-Lei n. 269/98, de 1º de setembro.

Resultante das duas primeiras triagens, ainda temos um naipe sobran­te. Nele ainda encontramos preceitos insusceptíveis de produzirem alterações de monta. Indicamos, a esse propósito, os arts. 266º, 269º, 273º, 276º e 294º. No primeiro preceito, no art. 266º, verificamos estreita correspondência em face do ex-art. 274º, com a autonomização, em alínea distinta, da compensação em face do direito a benfeitorias e a possibilidade de suscitar a intervenção, em vez de referir a intervenção principal provocada. Por seu turno, o art. 269º corresponde ao ex-art. 276º, ao qual acresce o acordo das partes como causa de suspensão da instância. O art. 273º corresponde ao ex-art. 279º-A, aduzindo uma precisão respeitante à homologação dos acordos de mediação. No art. 276º, procura fazer-se corresponder o regime de cessação da suspensão aos outros preceitos vigentes. Algo de semelhante sucede no art. 294º, dado corresponder, com alterações de pormenor, a parte do art. 304º, em particular aos números 1 e 2. Por fim, o art. 311º corresponde ao art. 320º, adaptando-se o seu regime, em sede da propositura da acção contra ambos os cônjuges.

Percorridas as etapas descritas, ainda resta verificar o conteúdo dos arts. 275º, 281º, 310º, 315º, 320º e 322º. Será que as eventuais alterações permitem justificar a novidade? Mencionaremos, também aqui, em separado, os preceitos sobran­tes.

No art. 275º, parte apreciável do preceito corresponde ao ex-art. 283º. Somente o nº 4 esclarece que o regime da suspensão não prejudica os actos de instrução e as demais diligências preparatórias a terem lugar na audiência final. No art. 281º há correspondência parcial em face do art. 291º, havendo ainda uma redução do prazo limite de suspensão ou de paragem, por causa imputável à parte. Também o art. 310º corresponde, em parte, ao ex-art. 319º. A dissemelhança reside no nº 3, quando determina que o tribunal mantém a competência, se for oficiosamente fixado um valor inferior. Também os arts. 315º e 320º correspondem a parte significativa dos anteriores 324º e 328º. No primeiro caso, notamos mais celeridade quanto à admissibilidade do incidente; no segundo, não

se faz depender o caso julgado da efectiva intervenção no processo. Quanto ao art. 322º, ele corresponde a parte do art. 331º, substituindo-se a referência à legitimidade pela obscura alusão ao interesse que legitima o incidente. Além disso, estipula que o despacho será irrecorrível.

Portanto, também a segunda leitura comparativa não permite sublinhar a novidade. Ficamos com a ideia de que, se fizermos outras leituras comparativas, o resultado será semelhante. Encontraremos um *superavit* de preceitos totalmente iguais ou com meras alterações formais ou de índole sistemática. Apenas uma ínfima minoria comporta alterações. Além disso, tais alterações não representam, na maior parte das vezes, alterações profundas. Em suma, é uma autêntica mistificação alardear novidade, a propósito do CPC de 2013. Efectivamente, se houver 4% de alterações importantes no seu corpo normativo, talvez seja muito, em face das modificações de índole formal ou de aparente consagração de medidas ou de institutos que apresentavam outra configuração.

14.4 Alterações paradigmáticas?

14.4.1 Generalidades

Na verdade, não há alterações substantivas que transformem uma parte significativa do CPC. Apenas a imponderada renumeração sugere existir um “novo” CPC. Afinal, o antigo CPC subsiste, na quase totalidade, pelo que as alterações significativas representam parte reduzida do seu articulado. Em vez de alterações significativas, a operação renumerativa foi, afinal, o *leit-motiv* da publicação do “novo” CPC.

De qualquer modo, no sentido de confirmar esta perfunctória conclusão, julgamos prudente prosseguir uma outra,

complementar àquela. Um percurso que procure avaliar, qualitativamente, as medidas, as reformas que têm sido indicadas como emblemáticas. Pode ser que a sua identidade represente uma ruptura epistemológica que permita sobrelevar a ausência de novidade, em termos quantitativos, e, assim, perante alterações paradigmáticas, possibilitar o anúncio de que estamos diante de um novo CPC, e não apenas defronte uma mera renumeração enganadora.

Ao compulsar a exposição de motivos da Proposta de Lei, ainda antes da peregrina ideia renumeradora, bem como a versão posterior, nas vestes de um outro CPC, encontramos algo similar: a importância atribuída ao “novo figurino da audiência preliminar” (primeira versão) ou à audiência prévia (última versão). Neste propósito qualitativo, sublinhamos uma outra passagem da exposição de motivos relativa ao corte com o passado, quanto à estabilização dos factos provados, propondo a indicação dos temas de prova. Será, fundamentalmente, sobre estes dois aspectos que incidiremos a nossa atenção, de modo a prosseguir o propósito enunciado.

14.4.2 A audiência prévia

Nos termos da exposição de motivos do projecto, a audiência preliminar seria tendencialmente obrigatória, destinada a providenciar a tentativa de conciliação das partes, a prolação do despacho saneador, o exercício do contraditório e a definição do objecto do litígio.

Após a renumeração, há uma mudança de denominação — a *audiência prévia*. Afirma-se que ela é, em princípio, obrigatória. Mas logo se adiantam situações em que não terá lugar, v.g., as acções não contestadas, prosseguindo em regime de revelia inoponente ou aquelas em que proceda uma excepção dilatória debatida nos articulados. Além disso, os fins da audiência prévia parecem ser semelhantes ao da anterior audiência preliminar, pelo que a

novidade a realçar parece ter sido, infelizmente, quase a mudança de nome e, talvez, o que a exposição de motivos qualifica por *perspectiva de flexibilidade*, de modo a o juiz poder dispensar a audiência prévia.

Parece, no entanto, que a tendência de quase obrigatoriedade da audiência preliminar evoluiu, tendo sido atenuada ao longo dos debates. Daí a novidade passou a ser, não a obrigatoriedade, mas a mudança de denominação. Assim, desde o parecer dubitativo do Conselho Superior do Ministério Público (CSMP), a sublinhar que a audiência preliminar não obteve o favor dos operadores judiciais, dado que os propósitos enunciados em anteriores reformas não tenham sido atingidos (PORTUGAL, 2013, p. 29-30), até formulações doutrinárias no sentido de evidenciar uma opinião menos positiva da audiência preliminar travaram o ímpeto da sua obrigatoriedade. Numa perspectiva crítica, cumpre sublinhar a preclara intervenção da magistrada Maria João Sousa Faro, que, numa conferência sobre a reforma do CPC, indicou ser sua experiência, em 16 anos de foro cível, muito desfavorável à audiência prévia, dado que a marcação de uma anterior audiência — prévia ou preliminar — à audiência de julgamento significa um factor de menos celeridade e até de atraso do próprio processo (SOUSA FARO, 2013, p. 2).

Aliás, o instituto da audiência preliminar ou audiência prévia, na formulação actual, nem teve sequer origem na revisão de 1995, mas na génese do próprio CPC de 1939. A revisão de 1995 apenas alterou a denominação inicial, *audiência preparatória*, substituindo-a por *audiência preliminar*. Designação essa que o “novo” CPC altera, uma vez mais — desta vez, para *audiência prévia*. No entanto, mais que uma sucessão de designações — vamos na terceira —, cumpre aquilatar o que de importante mudou, desde 1939 até aos nossos dias. Tanto mais que o CPC de 1939, na versão inicial, ao concretizar a promoção da oralidade, estipulava, no art. 512º, a audiência preparatória, destinada a discutir as excepções alegadas pelas partes ou, em caso de o processo habilitar o juiz a decidir

no despacho saneador, permitir às partes alegar oralmente sobre o objecto da causa.

A partir da reforma de 1961, a audiência preparatória densifica-se, pois o art. 508º determina, em seu nº 1, a respectiva convocação quando houver possibilidade de conhecer do pedido, de um dos pedidos principais ou do pedido reconvenicional¹². Daí a necessidade de assegurar, previamente, o exercício do contraditório. Por outro lado, podia apreciar-se uma excepção, deduzida pelas partes ou de conhecimento oficioso. Todavia, na apreciação daquele poder do juiz em marcar a audiência preparatória, poder este não vinculado, mas discricionário, dependia da correlativa necessidade de esclarecimento sobre uma determinada excepção (MENDES, 2012, p. 420).

Na reforma de 1985¹³, o art. 508º foi reformulado. Nesses termos, o juiz tinha liberdade para realizar a audiência preparatória se considerasse haver utilidade para a apreciação do pleito. Posteriormente, tendo em conta que o diploma de 1985 foi entendido como intercalar de uma futura revisão global, convém mencionar as tentativas concernentes de elaboração de um novo CPC, constantes dos Anteprojectos de 1988 e 1990. Ora, se o primeiro era, relativamente à audiência preparatória, muitíssimo conservador, o segundo procurava mudar de azimute, ao preconizar a abolição da audiência preparatória¹⁴. No entanto, apesar de aquelas propostas não terem tido sequência, elas ajudam a compreender o sentido das alterações que emanaram de outro grupo de trabalho, criticado pelos autores dos Anteprojectos citados, ao representar

¹² Como recorda Luso Soares (1985, p. 703-704), o teor do art. 512º, na versão originária de 1939, previa um âmbito mais restritivo para a audiência preparatória do que aquele que resulta da reforma de 1961, uma vez que, a partir de então, admite-se a apreciação das excepções alegadas pelas partes e ainda as de conhecimento oficioso. Por isso, mesmo neste último caso, o juiz poderá entender ouvir as partes, em audiência preparatória, antes de se considerar habilitado a decidir.

¹³ Cf. o Decreto-Lei n. 242/85, de 9 de julho.

¹⁴ Cf. os arts. 405º e ss. do Anteprojecto.

uma mudança de rumo, ao enveredar não por um Código novo, mas por um “Código velho e cheio de buracos” (ANTUNES VARELA, 1998, p. 325-326).

No entanto, apesar das críticas, a reflexão deu frutos: a reforma de 1995-96¹⁵, na parte que nos interessa, substituiu a audiência preparatória pela audiência preliminar. Contudo, nem se diga que, além da alteração da denominação, houve profunda inovação em face da lei anterior. Verdadeiramente, ao atentar nas finalidades da audiência preliminar, consagradas no art. 508º-A, encontramos apreciável coincidência, a propósito das finalidades da audiência preparatória. Isso sucede na tentativa de conciliação, na discussão sobre as exceções dilatórias e peremptórias, no exercício do contraditório, se o juiz entender que se encontra em condições para decidir sobre o mérito da causa. Ao invés, reconhecemos alguma novidade quando se permite, nos termos da alínea c), delimitar o litígio e suprir as insuficiências ou imprecisões que ainda subsistam ou que, entretanto, evidenciem-se na sequência do debate.

Assim, embora se critique a opção do legislador porque teria adoptado ou copiado o Código de Processo Civil-Tipo para a América Latina (ANTUNES VARELA, 1998, p. 133), as semelhanças com aquele Código nem são tão evidentes, dado a reforma de 1995 não concentrar toda a actividade instrutória na audiência preliminar, mas manter as tradicionais duas audiências (PIMENTA, 2003, p. 213-214) — a audiência preliminar e a audiência final. Ora, apesar de ter havido melhoramentos no ano seguinte¹⁶ e, depois, em 1999¹⁷, o essencial manteve-se até 2013.

Será que encontramos novidade no preceito correspondente, o novel art. 591º, além da alteração de denominação? Infelizmente

¹⁵ Cf. Os Decretos-Lei n. 39/95, de 15 de fevereiro, n. 329-A/95, de 12 de dezembro, e n. 180/96, de 25 de setembro.

¹⁶ Cf. o Decreto-Lei n. 180/96, de 25 de setembro.

¹⁷ Cf. o Decreto-Lei n. 375-A/99, de 20 de setembro.

temos de convir que, nem neste caso, a novidade abunda. De notar a existência de trechos exactamente iguais, *ipsis verbis*, ao ex-art. 508º-A. Isso sucede no corpo do nº 1 do art. 591º, bem como nas respectivas alíneas a), b), c) e d).

Somente a alínea e) apresenta dissemelhanças, além da inserção de outra alínea, a f), por o desdobramento da ex-alínea e), aludindo à decisão das reclamações deduzidas pelas partes. Nela encontramos referências aos princípios de gestão processual e de adequação formal, nos termos dos arts. 6º e 547º, no intuito de que o juiz venha a proferir o despacho relativo à fixação do objecto do litígio e dos temas de prova. Mas as semelhanças não ficam por aqui, pois os actuais nº 2 e nº 3 correspondem aos nº 3 e nº 4 do artigo 508º-A. O primeiro na sua integralidade, o segundo parcialmente.

A similitude entre aqueles preceitos é tão flagrante que os próprios defensores do CPC de 2013 se apressam a reconhecer que, em sede de audiência prévia, acentua-se algo que provém da reforma processual de 1995 (CORREIA; PIMENTA; CASTANHEIRA, 2013, p. 73). Tanto mais que a tentativa de tornar a audiência preliminar, actual audiência prévia, em tendencialmente obrigatória, não mereceu acolhimento na versão final do CPC¹⁸. Ou seja, além de não haver audiência prévia se a acção não for contestada¹⁹ ou se a procedência de excepção dilatória debatida nos articulados impedir a acção de prosseguir²⁰, ainda pode haver dispensa de audiência prévia.

¹⁸ Neste sentido, Paulo Ramos de Faria e Ana Luísa Loureiro não só reconhecem a não obrigatoriedade da audiência prévia, como consideram que a decisão do juiz em a convocar se afigura discricionária porque a pode dispensar quando entenda existir solução alternativa mais adequada aos fins previstos no art. 593º (FARIA; LOUREIRO, 2013, p. 484).

¹⁹ Cf. a alínea a) do nº 1 do art. 592º.

²⁰ Cf. a alínea b) do nº 1 do art. 592º.

De qualquer modo, apesar da similitude entre o conteúdo da audiência preliminar e o da audiência prévia, até parece haver maior amplitude de dispensa desta última, dado o teor do art. 593º, por contraste com a dispensa da audiência preliminar, nos termos do art. 508º-B. Realmente, no actual CPC, o juiz pode dispensar a realização da audiência prévia quando esta se destine aos fins indicados nas alíneas d), e) e f) do nº 1 do art. 591º. Curiosamente, por isso, certas inovações que o legislador procurou inserir no regime da audiência prévia podem, afinal, não ocorrer, em virtude de se incluírem nas causas de dispensa da audiência prévia. O que se afigura, no mínimo, paradoxal. Por isso, não admira encontrar posições doutrinárias a vaticinar que tudo pode ficar na mesma ou até que possa ocorrer uma regressão a um processo eminentemente escrito²¹.

14.4.3 Os temas de prova

Tendo em atenção o conteúdo do art. 410º, no qual se refere que a instrução tem por objecto os temas de prova, ou os factos necessitados de prova, reconhecemos existir contraste face ao que se dispunha antes no preceito correspondente, o ex-art. 513º. Neste artigo a instrução tinha antes por objecto os factos controvertidos ou necessitados de prova, o que representa, sem dúvida alguma, um salto qualitativo evidente.

Mas também aqui cumpre perspectivar a completa evolução, a partir da versão originária do CPC de 1939. Assim, nos termos do princípio do dispositivo, caberia às partes a iniciativa e a alegação

²¹ Deste modo, José Vieira e Cunha (2013) considera ser cometido ao juiz, sem audiência prévia das partes, efectuar aquilo que a todos seria cometido, a determinação da adequação formal, a fixação do objecto e dos temas de prova, bem como a programação dos actos a realizar em audiência final. Em sentido semelhante, Maria João Sousa Faro (2013) não indica apenas diversas situações integráveis na dispensa de audiência prévia, como manifesta estranheza perante a possibilidade de uma das partes poder desencadear a marcação da audiência prévia, de acordo com o nº 3 do art. 593º.

dos factos que pretendessem provar. Daí, em sede de condensação, o art. 515º limitar o questionário aos pontos de factos controvertidos que interessam à solução da causa, desde que articulados e indispensáveis para a resolver²². No entanto, esta limitação não pretendia minimizar o questionário, mas, ao contrário, atribuir-lhe relevância²³, dado exercer uma triagem entre aquilo que era útil para a apreciação do pleito e o que era lateral ou, simplesmente, irrelevante. Deste modo, apesar de a triagem desempenhar funções de índole limitativa²⁴, não era isenta de perigos nem de dificuldades. Aliás, basta recordar a polémica sobre a metodologia para distinguir as questões de facto, a inserir no questionário, e as questões de direito que dele devem ser excluídas²⁵.

A revisão de 1961 manteve, no essencial, a divisão entre questionário e especificação, limitando-os aos factos articulados pelas partes, não podendo o juiz incluir outros factos que, em seu entender, seriam essenciais à decisão do pleito. Todavia, o juiz pode acrescentar outros factos, de natureza instrumental, averiguados, por si, officiosamente, que considere necessários para o apuramento da verdade (ANTUNES VARELA, 1985, p. 416-417). Ainda os factos notórios e os que o tribunal conheça, no exercício das suas funções, não têm de ser alegados pelas partes e, por isso, nem sequer devem ser incluídos no questionário, dado carecerem

²² Cf o § 1º, bem como o proémio, do art. 515º do CPC.

²³ Alberto dos Reis (1950, p. 204-205) considera que o questionário é uma das peças mestras da arquitectura processual. Nele o juiz consegue ter uma visão superior do processo, de modo a apreender as linhas essenciais do litígio.

²⁴ Para Alberto dos Reis (1950, p. 205), o questionário desempenha uma dupla função limitativa, sobre as diligências de produção de prova e sobre o poder jurisdicional do tribunal colectivo. Em sentido contrário, Paulo Pimenta, ao revisitar esta solução legal, considerou a actividade de elaboração do questionário, por parte do juiz, essencialmente burocrática.

²⁵ A este propósito, Paulo Cunha chama atenção para a vacuidade do critério distintivo, bem como para os casos de transição em que se acentua a dificuldade distintiva (CUNHA, 1944, p. 38). Sublinhando, de igual modo, a dificuldade distintiva entre o juízo de facto e o juízo de direito, cf. Castro (1982, p. 268-270).

de consequente actividade probatória (CASTRO MENDES, 1980, p. 431).

Contudo, porque se entendia ser rígida a dicotomia entre especificação e questionário, a reforma de 1995/96 introduziu outros termos, matéria assente e base instrutória, no intuito de o reconduzir ao figurino que provinha de 1939²⁶. A acrescer a isso, redesenhou-se o normativo atinente à amplitude do princípio do dispositivo e ao conteúdo dos poderes atribuídos ao juiz, de modo a considerar que, a partir disto, as partes perderam a supremacia que detinham sobre a lide, assumindo o juiz uma posição mais activa na prossecução da verdade material (ABÍLIO NETO, 1996, p. 147). Em boa verdade, a redacção dos números 2 e 3 do art. 264º, do número 2 do art. 265º e do art. 266º ampliava os poderes officiosos do juiz, atenuando a rigidez e quase imutabilidade dos factos a provar em sede de instrução e audiência de julgamento. Tanto mais que a alínea f) do art. 650º permite que, de acordo com o art. 264º, a base instrutória possa ser ampliada até o encerramento da discussão da causa.

Porque as virtualidades daquela reforma não teriam surtido o efeito esperado, antes uma tentativa de recondução ao modelo anterior, sob uma nova terminologia²⁷, o CPC procura introduzir uma alteração de vulto, ao enunciar, no art. 410º, os temas de prova, e, no art. 596º, determina-se que o juiz profere despacho a identificar o objecto do litígio e a enunciar os temas de prova, se a acção houver de prosseguir.

²⁶ Lebre de Freitas (2013, p. 215) defende esta ideia, dado que para o questionário concebido por Alberto dos Reis iam apenas os factos essenciais, não os factos instrumentais. No entanto, atendendo ao velho hábito do Código de 1876 de tudo quesitar, continuou-se a adoptar essa prática mesmo após a vigência do Código PC de 1939. Daí a intenção do legislador de 1995/96 ter sido a de regressar às origens do CPC de 39 por meio da inserção dos factos essenciais na base instrutória.

²⁷ A este propósito, Paulo Pimenta (2003) sublinha não se imaginar que a selecção se fizesse como antes da reforma de 1995/96, reconduzindo a base instrutória ao velho questionário, significando uma mera alteração de designação.

Não nos parece, no entanto, que tenhamos atingido o melhor dos mundos. Ultrapassado os problemas anteriores, v.g., as restrições decorrentes de uma concepção assente num rígido esquema de ónus e preclusões, o condicionamento da prova e a limitação dos poderes cognitivos do tribunal²⁸, outros problemas parecem surgir. Aliás, sequer o legislador nos diz que sejam os temas de prova²⁹, nem essa realidade ajuda o juiz a dilucidar o que deverá ser efectivamente provado³⁰. Aliás, ao retirar algo que limitativo ou rígido, corremos o risco de cair na fluidez, quiçá, na insegurança jurídica em matéria instrutória ou decisória. Realmente, a atentar nos contornos dos tais temas de prova, não será difícil imaginar que possamos encontrar problemas relativos ao encargo probatório cometido a cada uma das partes, apresentando reflexos no andamento do processo, comprometendo, naturalmente, a celeridade que se pretendia promover.

14.5 Conclusão: Interrogações relativas aos desígnios da reforma

Não basta preconizar uma mudança de paradigma³¹ para promover uma profunda mudança do regime jurídico processual e, muito menos, para erigir um “novo” CPC. Também não basta uma renumeração para ostentar novidade, ainda que ela tenha sido

²⁸ Cf. Pimenta (2003, p. 25).

²⁹ Isabel Alexandre (2013, p. 14) sublinha tratar-se de uma expressão pouco rigorosa, que não é concretizada pelo CPC, sequer identificada como objecto de prova. Também Faria e Loureiro (2013, p. 333) criticam a formulação adoptada, sublinhando que a actividade probatória se orienta pelos temas de prova, mas não os têm por objecto.

³⁰ A este propósito, Isabel Alexandre (2013, p. 16-17) suscita dúvidas sobre o âmbito da instrução, tendo em conta os temas de prova enunciados — dado não se restringir aos factos essenciais impugnados pelas partes.

³¹ Cf. António Abrantes Geraldès (2013).

acompanhada de uma solene proclamação de que, a partir de 19 de setembro de 2013, vigora outro regime jurídico processual civil.

Mesmo com a aprovação, pelo Decreto-Lei n. 49/2014, da Lei de Organização do Sistema Judiciário, não há, como se demonstrou, um “novo” CPC. Existe, apenas, uma imponderada e inexplicável actividade renumeratória responsável pela mistificação, diríamos o logro, que permitiu anunciar a aprovação de um outro CPC. A propósito, recorrendo à história legislativa, constatamos algo recorrente — a reordenação ou renumeração correspondem, de um modo geral, à ausência de substanciais inovações. Basta recordar, aliás, a polémica acerca do Anteprojecto de 1988, em que era patente uma postura conservadora, disfarçada sob o manto da reformulação de matérias³². Por contraste, podem mencionar-se outras reformas, nas quais houve alterações muito mais significativas³³ do que em 2013.

Segundo Dinamarco (2013), não são de hoje as tentativas de aperfeiçoar o sistema processual³⁴, embora as sucessivas reformas legislativas não tenham alcançado, de modo geral, os respectivos propósitos³⁵. Acrescenta, ainda, que se o diagnóstico está feito, se houve mudanças e abandono de dogmas ancestrais, também é verdade que os resultados não se afiguram satisfatórios (DINAMARCO, 2013, p. 16 e ss.). Convém até citar que Marinoni e Mitidiero (2010) interrogam-se sobre a oportunidade de um novo CPC, sobretudo quando ele não apresenta grande novidade, ao

³² As críticas ecoaram certas, inclusive a de Antunes Varela (1990, p. 98-99) quanto à necessidade de tentar refutar o alegado excessivo conservadorismo do Anteprojecto.

³³ Neste sentido, Lebre de Freitas (2013, p. 216) compara o actual CPC com a reforma de 95/96, considerando esta mais ampla do que aquela, justificando, até, a ideia de se tratar de um novo CPC, ao contrário do que sucede em 2013.

³⁴ Basta pensar nas propostas sensatas de Franz Klein, ao preconizar, em finais do século XIX, um processo simples, económico, rápido e acessível aos pobres (DINAMARCO, 2013, p. 13).

³⁵ Apesar de reconhecer uma autêntica revolução legislativa operada no Brasil, no que ao Processo Civil diz respeito, considera que nem o sistema processual melhorou, nem o Poder Judiciário resgatou a legitimidade ou a credibilidade social (DINAMARCO, 2013, p. 14).

contrário das rupturas anteriores contidas nos Códigos de 1939 ou no Código Buzaid³⁶.

Que diremos nós, portugueses, desta renumeração, na qual as verdadeiras modificações constituem uma singela minoria, ainda por cima acompanhados de preceitos de duvidosa eficácia jurídica, mas talvez de importante eficácia política, a propósito dos relatórios a apresentar à Troika ou das proclamações públicas dos titulares do Ministério da Justiça, perante apoiantes mais distraídos? Que poderemos acrescentar em síntese, aproveitando a temática do encontro “Em Busca dos Caminhos Jurídicos e Económicos para a Superação da Crise”? Em nossa opinião, a superação da crise pode acontecer, sobretudo em Direito Processual Civil, se evitarmos os caminhos da novidade fácil ou aparente, pois ainda ajudam a convocar outros problemas, confundindo os operadores judiciais com mistificações sem sentido. Afinal, quando não se saiba o caminho da saída da crise, existem outros que convém de todo evitar. Adoptando o sábio dizer de outrem, “posso não saber por onde vou, mas sei que não irei por aí”.

³⁶ Na opinião desses autores, o Código Buzaid rompe com a tradição luso-Brasileira do Código de 1939, aproximando o processo civil Brasileiro da dogmática italiana. Ao passo que, no actual Projecto, repete-se o que já se encontra no actual Código, com reescrita do texto, além de haver incorporações de textos constitucionais e de diplomas legislativos infraconstitucionais extravagantes (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 56).

Referências

- ABÍLIO NETO. *Código de Processo Civil anotado*. 13. ed. Lisboa: Ediforum, 1996.
- ALBERTO DOS REIS, J. *Código de Processo Civil anotado*. v. 3. Coimbra: Coimbra Ed., 1950.
- ALEXANDRE, I. A fase da instrução e os novos meios de prova no Código de Processo Civil de 2013. *Revista do Ministério Público*, n. 134. jun. 2013.
- ANTUNES VARELA, J. de M. *Manual de processo civil*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1985.
- ANTUNES VARELA, J. de M. Do anteprojecto ao projecto do CPC. RLJ, n. 3.781. 1990.
- ANTUNES VARELA, J. de M. *A Reforma do Código de Processo Civil português*. RLJ, n. 3.872, 1998.
- ARRUDA ALVIM, A função social da propriedade, os diversos tipos de direito de propriedade e a função social da posse. In: VENOSA, S.; GAGLIARDI, R.; NASSER, P. (Coord.). *10 anos do Código Civil: desafios e perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2012.
- BONIFÁCIO RAMOS, J. L. Bem cultural: réquiem pelo tesouro? In: CENTENÁRIO do nascimento do professor doutor Paulo Cunha: estudos em homenagem. Coimbra: Coimbra Ed., 2012.
- Brasil. Senado Federal. Presidência. *Um novo Código do Processo Civil*. Brasília, jan. 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/1a_e_2a_Reuniao_PARA_grafica.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2015.
- BUENO, C. Amicus curiae no projecto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Informação Legislativa*, ano 48, n. 190, 2011.
- BUENO, C. Questões relativas à Reforma do Código de Processo Civil. In: ESTUDOS em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas. v. I. Coimbra: Coimbra Ed., 2013.
- CASTRO, A. A. de. *Direito Processual Civil Declaratório*. v. III. Coimbra: Almedina, 1982. p. 268-70.

- CASTRO MENDES, J. de. *Direito Processual Civil*. v. 1. Lisboa: AAFDL, 1980.
- CUNHA, P. A. V. *Processo comum de declaração: da marcha do processo*. v. II. 3. ed. Braga: Augusto Costa, 1944. p. 38.
- CORDEIRO, A. M. *Da modernização do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2004.
- CORREIA, J.; PIMENTA, P. P.; CASTANHEIRA, S. *Introdução ao estudo e à aplicação do Código de Processo Civil de 2013*. Coimbra: Almedina, 2013.
- DINAMARCO, C. *Nova era do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- FARIA, P. R.; LOUREIRO, A. *Primeiras notas ao novo Código de Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 2013.
- FUX, L. O novo processo civil. In: O NOVO processo civil Brasileiro: direito em expectativa. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- GERALDES, A. G. *O novo processo declarativo*. Disponível em: <www.cej.pt>. Acesso em: 11 nov. 2014.
- LEBRE DE FREITAS, J. *A ação declarativa comum: à luz do Código de Processo Civil de 2013*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2013.
- LUSO SOARES, F. *Processo civil de declaração*. Coimbra: Almedina, 1985.
- MARINONI, L.; MITIDIERO, D. *O projecto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MENDES, J. C. *Direito Processual Civil*. v. 2. Lisboa: AAFDL, 2012.
- PIMENTA, P. *A fase do saneamento do processo antes e após a vigência do novo Código de Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 2003.
- PORTUGAL. Procuradoria Geral da República. Conselho Superior do Ministério Público. *Parecer sobre Projecto de Lei n. 113/XII/2*. Lisboa, 2013. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/parecer_CSMP.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2015.

REFORMA do Direito Civil: relatórios preliminares elaborados ao abrigo do protocolo celebrado entre o Gabinete de Política Legislativa e Planeamento do Ministério da Justiça e as faculdades de Direito da Universidade de Coimbra, da Universidade de Lisboa, da Universidade Católica Portuguesa e da Universidade Nova de Lisboa. Lisboa: Almedina, 2005.

REIS, A. dos. *Os temas de provas*. 1950. Disponível em: <www.cej.pt>. Acesso em: 10 nov. 2015.

SOUSA FARO, M. J. *A audiência prévia*. 19 abr. 2013. Disponível em: <www.cej.pt>. Acesso em: 10 nov. 2015.

TEPEDINO, G. Regime jurídico dos bens no Código Civil. In: VENOSA, S.; GAGLIARDI, R.; NASSER, P. (Coord.). *10 anos do Código Civil: desafios e perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2012.

VIEIRA E CUNHA, J. *A audiência prévia no Código revisto*. 2013. Disponível em: <www.cej.pt>. Acesso em: 11 nov. 2014.

WAMBIER, T. A. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 2. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

REFLEXOS DA INSEGURANÇA JURÍDICA E PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES: UMA ABORDAGEM SUMÁRIA E ECONÔMICA

Ruy Alves Henriques Filho

15.1 Introdução

Uma breve análise histórica bem demonstra que a atuação jurisdicional sofreu diversas variações ao longo do tempo, sendo perceptível o atual ganho de liberdade experimentado pelo juiz do *civil law*.

O ganho de liberdade na atuação jurisdicional frequentemente provoca uma ruptura nesse sistema, originalmente pautado no princípio da legalidade estrita. A atuação cambiante e não sistêmica dos magistrados Brasileiros por vezes provoca a insegurança jurídica, por meio de decisões divergentes em casos similares, deflagrando um sistema guiado não pela norma jurídica, mas pela opinião pessoal do julgador.

Tal aspecto, entre outros fatores, causa o descrédito do jurisdicionado, enfraquecendo o Estado Democrático de Direito, e do contrato social, além de frear o crescimento econômico, diante do risco imposto ao investidor, que fica sem saber ao certo o limite de seus direitos e deveres.

É em razão desse cenário de insegurança e falta de estabilidade do direito dito pelos tribunais que parcela renomada da doutrina se debruça sobre a análise dos efeitos dos precedentes judiciais vinculativos, típicos do *common law*, ao sistema do *civil law*, sugerindo-os como mecanismo de solução ao problema que se experimenta. Trata-se de instituto muito em voga na atualidade, adotado em larga medida pelo Novo Código de Processo Civil. O presente estudo é sobre a análise desse instituto e sua manifestação no *civil law*.

Não se afasta a necessária estabilidade jurídica num país democrático, especialmente vinculado ao Princípio da Legalidade; porém, nem todo preço poderá ser cobrado da instância julgadora, em que, em face da vinculação e adstringência, está preso às teses dos advogados e membros do Ministério Público. Uma mudança sistêmica deve tanger todos os envolvidos no processo judicial.

15.2 A atividade jurisdicional: reflexos econômicos

Nos tempos do Império Romano, a atividade jurisdicional era desenvolvida por leigos, que presidiam o acerto de disputas de modo arbitral, auxiliados pelos jurisconsultos. Ao juiz Romano, não foi dada originariamente a função criativa do Direito, mas a aplicação da norma legislada pelo Imperador ou pelo Senado, ou a aplicação da interpretação dessa norma realizada pelos jurisconsultos.

O fim do Império Romano e o início da Idade Média modificaram de forma essencial o papel exercido pelo magistrado. Segundo Dallari (2002, p. 9), a multiplicação de ordens jurídicas e políticas vivenciadas pela Europa feudal torna difícil a tarefa de definir e caracterizar a magistratura do período. O aumento da concentração de riqueza e o aumento do poder político das ordens religiosas em torno de reis, a partir do século IX, fez com que surgissem tribunais corporativos e eclesiásticos independentes, e independentes entre si, com

autonomia sobre determinada circunscrição territorial e aspecto material. O Absolutismo e a Idade Moderna trouxeram certa liberdade à atividade judicante, porém mantiveram tal prática submetida aos interesses do soberano e da nobreza. Era atividade do soberano, nesse período, a escolha dos magistrados entre os integrantes da nobreza. À magistratura foi outorgado maior poder e liberdade de atuação, em detrimento à imagem obtida diante da população, que via a atividade judicante como mera defensora dos interesses reais e da nobreza (DALLARI, 2002, p. 9).

A Revolução Francesa e a deposição do Absolutismo erigiram o Princípio da Legalidade como fundamento do Estado Liberal que então nascia, legitimado na teoria de Schmitt (1982, p. 157), donde se depreende que tal princípio encontra seu fundamento de validade na cooperação da representação popular, centralizando o poder nas mãos do Legislativo. O direito e a justiça passaram a ter respaldo no texto literal da lei, tornando a função jurisdicional mera subordinada da função legislativa. O Judiciário teve seus poderes tolhidos, como represália à classe dos magistrados e à nobreza da qual pertenciam. A função jurisdicional foi então limitada a declarar o direito legislado¹.

É desse período o conceito atribuído à magistratura por Montesquieu, segundo o qual o poder de julgar deveria ser exercido por meio de uma atividade puramente intelectual, cognitiva, não produtiva de direitos novos, concluindo que o poder de julgar era, de qualquer modo, um “poder nulo” (MARINONI, 2010a, p. 54). Acreditava-se que a lei abstratamente positivada era suficiente à elucidação de qualquer litígio, à manutenção da segurança jurídica e do novo modelo de Estado. A ideia era que as leis e os códigos deveriam ser tão claros e completos, a ponto de gerarem apenas uma única interpretação correta (CAPELLETTI, 2001, p. 271).

¹ A própria Lei Revolucionária de agosto de 1790 afirmou que os tribunais deveriam manter-se imparciais ao exercício legislativo, estando impedidos de obstar ou suspender a execução das decisões do Poder Legislativo, e estabeleceu a necessidade de que se reportassem ao Legislativo em caso de dúvida interpretativa ou insuficiência legislativa (MARINONI, 2012a, p. 26).

A partir da noção de legalidade estrita, nasceu o Positivismo Jurídico, entendimento segundo o qual se poderia atribuir à Ciência do Direito tamanho grau de exatidão e cientificidade atribuído às ciências naturais, tornando o Direito uma ciência exata, obtida por meio da observação e experimentação (MARINONI, 2012a, p. 30). Trata-se de verdadeiro reducionismo da atividade jurisdicional, cabendo ao juiz a mera atividade de dizer o direito, de repetir o direito legislado, sem refletir acerca do conteúdo ou valor inerente à norma jurídica, eximindo o jurista da responsabilidade social ínsita ao Estado de Direito e limitando sua atividade ao silogismo entre caso concreto e norma legislada (BOBBIO, 2008, p. 299). Nesse momento, o objetivo único admitido da jurisdição era a tutela dos direitos subjetivos privados já violados, inexistindo previsão de tutela estatal à repressão ou à prevenção da violação (MARINONI, 2012b, p. 32).

Já no fim do século XIX, o Positivismo Jurídico sofreu inicial flexibilização, pela Escola Histórica de Savigny. Passou-se então a pensar o Direito sob o espírito pretendido pelo legislador e pela lei, e não por sua aplicação literal. Segundo Savigny, o Direito é um produto histórico da manifestação cultural, nascido do “espírito do povo” (*Volksgeist*), e tem suas origens “nas forças silenciosas e não no arbítrio do legislador” — e, portanto, deve ser interpretado de acordo com esse “espírito” para sua justa aplicação (WIEACKER, 2010, p. 380).

A seguir, concebeu-se a Teoria Crítica do Direito (BARROSO, 2001), a qual, entre vários questionamentos, aduz que o conceito de *direito e justiça* não se encontra, em sua totalidade, nos códigos. O estudo da dogmática jurídica não pode excluir o estudo das bases de legitimidade que lhe conferem a sociologia e a filosofia do direito, além de outras áreas que largamente influem no universo jurídico (BARROSO, 2001). O Direito passou a ser visualizado como um produto social, cuja análise demanda também a observação de diversos fatores imbuídos na dinâmica social.

Para Perelman (2005, p. 290), as atrocidades cometidas durante a II Grande Guerra derrubaram a hegemonia do Positivismo, erigindo o raciocínio que “o direito é a expressão não só da vontade do legislador, mas dos valores que este tem por missão promover, dentre os quais figura em primeiro plano a justiça”. Trata-se da consagração do raciocínio hoje em voga também pelo Neoconstitucionalismo, segundo o qual não há separação entre Direito e Justiça, atribuindo à função judicante a avaliação de valores morais em suas decisões, a fim de se obter a justiça.

Quanto menos claros e precisos os termos de uma norma, maior a liberdade concedida ao juiz, maior também a flexibilidade da norma, adaptável, pelo juiz, às circunstâncias e situações menos previstas. É quando dispõe de um grande poder de apreciação que o juiz tem condições de interpretar os termos da lei de modo que as consequências legais que deles tira concordem com seu senso de equidade (PERELMAN, 2005, p. 291).

A aproximação entre direito e justiça, e a necessidade de avaliação axiológica pelo magistrado, trouxe, para Page (1931, p. 112), preocupação no que tange à influência da subjetividade sobre as decisões, bem como acerca da insegurança que ditas decisões possam desencadear, enfatizando ele que, mesmo diante da abertura hermenêutica, ao juiz somente é dado o papel de declarar o Direito. Ou seja, Page concebeu a ideia de que, no afã de construir a justiça, o juiz podia em verdade subvertê-la por influência de aspectos subjetivos que, por vezes, modificam a leitura que se faz da realidade e do caso concreto, dando vazão à injustiça. Trata-se de opinião da qual discordou Perelman (2005, p. 296), para quem ao juiz é dada a atividade criativa do Direito, repousando nas coletâneas de jurisprudência, e não na doutrina e na legislação pura, o Direito vivo, pois são os tribunais os encarregados de dizer o direito, quando motivam suas decisões.

No escólio de Dworkin (2009, p. 9), o juiz exerce papel construtivo-interpretativo — e não criativo — em relação ao Direito, pois cabe ao Judiciário dizer o Direito, ainda que sua manifestação deflagre juízo de valor, o que não passa de atividade de interpretação derivada da norma legislada — essa, sim, atividade criativa e de contornos políticos, porém exclusiva do Poder Legislativo (HART, 2007, p. 335).

Hart (2007, p. 335) criticou o entendimento de Dworkin, sustentando a natureza criativa da atividade jurisdicional, que se opera diante das lacunas do Direito, erigindo novos direitos e restringindo o poder criativo dos julgadores vindouros. Hart acredita que a judicatura pressupõe legitimidade política para a atividade criativa do Direito, ao revés do sustentado por seu sucessor, alegando que, ao aplicar o Direito em concreto, o juiz faz opções em determinado sentido político, tal qual um legislador². E conclui: “O direito (ou a constituição) é o que os tribunais dizem que é”³. Trata-se de conclusão obtida em face da cultura americana e do *common law*, posto que a escolha de juízes nesse sistema é feita também com a participação popular, ensejando a legitimação democrática das decisões judiciais, uma vez que, no *common law* americano, os juízes são havidos como representantes diretos do povo.

Cappelletti (1993, p. 21), sustentou que, ao executar a tarefa interpretativa, o juiz também exerce, em determinado grau, a tarefa criativa, derivada de certo grau de discricionariedade natural à

² “Assim, em tais casos juridicamente não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo e aplica o direito estabelecido que não só confere, mas também restringe, os seus poderes de criação do direito” (Dworkin, 2009, p. 338).

³ “A textura aberta do direito deixa aos tribunais um poder de criação de direito muito mais amplo e importante [...]. Seja o que for que os tribunais decidam, quer sobre questões que caem dentro daquela parte da regra que parece simples a todos, quer sobre as questões que ficam na sua fronteira sujeita a discussão, mantém-se, até que seja alterado por legislação; e sobre a interpretação de tal, os tribunais terão de novo a mesma última palavra dotada de autoridade” (Dworkin 2009, p. 155-159).

atividade interpretativa⁴. Tal pensamento reflete a intenção do escritor em legitimar o discurso de aproximação entre Estado Julgador e Jurisdicionado, também desmantelando a ideia revolucionária segundo a qual o direito legislado dispensava interpretação.

Para Sarlet (2000, p. 152), existe certa atividade criativa na atuação do magistrado, que se trata de uma atividade complementar à atividade legislativa, o que não enseja uma cisão ou violação da legitimidade, mas denota um caráter de complementariedade entre Poderes. Há uma linha divisória que separa as atividades judiciais e legislativas, conforme preceituadas na *Constituição*, linha esta permeada de conceitos abertos e indefinidos, concretizados pela via interpretativa no caso concreto. Ou seja, cabe ao Judiciário a função de identificar, revelar, desdobrar e desenvolver o que já foi feito pelo legislador.

Wambier (2009, p. 54-59) entende que, em hipóteses excepcionais, a função jurisdicional reveste-se também de atividade criativa, notadamente quando a atuação do juiz é dedicada a concretizar conceitos legislativos vagos ou abertos, cláusulas gerais ou princípios jurídicos. No entanto, a autora sustenta que esse viés criativo não afeta o equilíbrio do Estado Democrático de Direito, desde que não contaminada pelo excesso de subjetivismo atualmente em voga, o qual permite que casos iguais ou similares tenham resultados diferentes, tornando o sistema Brasileiro um tanto quanto instável.

Couture (1990, p. 42)⁵ e Zagrebelsky (2008, p. 153) sustentam que a função jurisdicional é, ao mesmo tempo, declarativa e criativa, pois declara direitos preexistentes e cria novos estados jurídicos inexistentes antes da coisa julgada, havendo uma tênue linha entre o exercício de julgar e o de legislar.

⁴ “Com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade e, pois, de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação” (CAPPELLETTI, 1993, p. 21).

⁵ “Quando a lei cai no silêncio, podemos dizer, seguindo a metáfora do poeta, que este silêncio está povoado de vozes... quando o juiz dita sua sentença, não é só intérprete das palavras da lei, mas também de suas vozes misteriosas e cultas” (Couture, 1990, p. 42).

Por meio de análise pouco atenta da atividade jurisdicional, já há quem afirme que é possível defender a atuação judicial com contornos extremamente diferentes da sua origem ou da tradição do *civil law*, uma vez que hoje, ao juiz Brasileiro, são atribuídas honrarias e esperanças de verdadeiro “salvador da pátria” (TARDELLI, 2013).

O Direito positivado abandonou o mito da codificação casuística, completa e suficiente, dando lugar às normas de contornos abstratos, representadas por princípios e cláusulas gerais, que concedem liberdade à magistratura. Trata-se de liberdade que tem como escopo garantir a efetividade dos direitos fundamentais estatuídos na Carta Magna, contudo trazendo em seu bojo, também, uma faceta negativa: a insegurança jurídica, provocada pelas diversas soluções distintas atribuídas a um mesmo cenário jurídico.

De qualquer modo, mesmo entendendo que existe certa falta de legitimidade democrática do magistrado, ao extrair do texto legal um sentido mais ativista, Otero (2001, p. 171) posiciona-se quanto à questão da exclusiva legitimidade da maioria como critério de verdade.

Com efeito, o princípio majoritário nunca pode se transformar de simples critério decisório em efetivo critério de verdade: a maioria ou mesmo a unanimidade de um parlamento, tal como a vontade da maioria dos membros da sociedade expressa por referendo, nunca pode tornar legítimo aquilo que por natureza é ilegítimo, tal como transformar em certo o que é em si mesmo errado.

Para problematizar a questão que segue adiante, é importante citar o pragmático Posner (2007, p. 403), que, ao estudar o juiz ativista, revela que:

quanto mais diversificado for o judiciário, mais difícil será a prever o resultado dos casos de direito legislado e constitucional se o resultado depender de uma comparação das consequências. Contudo, tendo em vista que o judiciário norte-americano é e vai continuar sendo diversificado, a dedicação renovada à “interpretação” seria uma melhor solução ou uma fuga.

Demonstrada a diferenciação de papéis desempenhados pela magistratura ao longo dos séculos, faz-se imprescindível demonstrar de que maneira a instabilidade judicial afeta outros âmbitos além da Ciência do Direito.

Análises demonstram que o Judiciário Brasileiro tem custo econômico demasiadamente elevado em cotejo ao Direito Comparado. Segundo Da Rós (2013), em cálculo divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2013, consideradas todas as esferas judiciais de nível ordinário e recursal — em esfera comum ou especial —, somou-se um custo total de R\$ 63 bilhões de orçamento, contabilizados nesse montante os orçamentos do Supremo Tribunal Federal (R\$ 519 milhões) e do Conselho Nacional de Justiça (R\$ 232 milhões), valores em sua maioria custeados pelo Tesouro Nacional. Trata-se de quantia que excede o PIB de ao menos doze estados da Federação e equivale a 1,3% do PIB nacional, estabelecendo o custo anual de R\$ 306,35 por habitante do país, nesse somatório incluídos, ainda, aqueles que não tenham movido a máquina judiciária no período.

Trata-se, segundo Da Rós (2013), do maior custo judiciário do Ocidente, que só se compara a países de constituição recente e baixa população (El Salvador, 1,35%, e Bósnia Herzegovina, 0,6%), características que não se aplicam ao Brasil. Em título comparativo, cita-se os Estados Unidos com relativa similitude populacional e territorial, o qual apresenta o montante anual estimado de 0,14% do PIB nacional utilizado para custeio do Poder Judiciário. Nesse panorama, o Brasil tem um Judiciário mais caro ainda que a Venezuela, que gasta a média anual de 0,34% do PIB nacional com seu Poder Judiciário⁶.

Da Rós (2013) aponta que, a exemplo dos demais países pesquisados, tem-se que o maior gasto do Judiciário Brasileiro se refere a gastos com pessoal. No entanto, o Brasil possui cerca de 16.500

⁶ A fim de que não se questione a irregularidade da pesquisa, em cotejo a país tipicamente oriundo de *common law* e a país que representa o Novo Constitucionalismo Latino-Americano, cite-se aqui o custo anual da Justiça de países também típicos do *civil law*: Itália (0,19% do PIB) e Alemanha (0,32%). Mesmo nos países ditos “subdesenvolvidos” e sob a égide da *civil law*, o custo Brasileiro com a Justiça é excessivo (Chile, 0,22%; Argentina, 0,13%; Colômbia, 0,21%).

magistrados, totalizando a média de 8,2 magistrados a cada 100.000 habitantes. Trata-se de quantia que não explica os altos custos e tampouco a morosidade judicial, porquanto se tem média muito superior à da Inglaterra (3,8 magistrados por 100.000 habitantes) e bastante similar à dos Estados Unidos (10,8 magistrados por 100.000 habitantes).

Em muito se atribui o encarecimento do serviço judiciário Brasileiro à enorme parcela do funcionalismo público que labora nesse poder: cerca de 412.500 funcionários, um total de 205 servidores a cada 100.000 habitantes, enquanto a média ocidental é de 90 servidores a cada 100.000 habitantes.

Em muito se atribui o inchaço do quadro de servidores do Judiciário à enorme carga processual existente no país, a qual influiu entre os anos de 2003 e 2013, de 18 milhões para 28 milhões de processos em trâmite, uma média de 6,5% de aumento ao ano, quantia que exorbita a de qualquer outro país pesquisado. Estima-se que, para cada magistrado Brasileiro, são distribuídos a cada ano cerca de 1.700 novos processos, valor maior do que o dobro do considerado na Justiça italiana (874 novos processos ao ano por magistrado) — país no qual a média de litigância já é considerado bastante alto —, acarretando, no Brasil, uma taxa de congestionamento de até 70% (Da Rós, 2013).

O custo da Justiça no Brasil não é tema de exclusiva preocupação dos magistrados, assoberbados de trabalho, ou dos contribuintes, que carregam o custo da máquina. Trata-se de preocupação sobretudo tangente à esfera econômica, porquanto o funcionamento da Justiça é critério de cálculo do chamado *Custo Brasil*. Como *Custo Brasil* entende-se o custo adicional ou o risco de realizar negócios no Brasil em comparação a outros países.

Vários fatores servem como critério de cálculo para a aferição da importância do funcionamento da Justiça ao desempenho econômico do país, mas, neste momento, atribui-se especial destaque à questão da insegurança jurídica, hoje tida como verdadeira vilã que assola o panorama jurídico nacional. A falta de clareza sobre direitos e deveres e as crescentes alterações nas legislações e nos marcos regulatórios são preocupações de investidores

econômicos, porquanto prejudiciais à competitividade. A falta de confiança de que no futuro serão garantidos os direitos vigentes ao tempo da contratação gera dúvidas sobre a estabilidade das relações jurídicas e incertezas sobre as consequências dos atos baseados nas normas jurídicas vigentes. O ambiente de insegurança jurídica é pouco favorável ao desenvolvimento da atividade econômica, limitando a competitividade.

A segurança jurídica se reflete na possibilidade de a sociedade calcular com alguma previsibilidade, sob o aspecto legal, as consequências de suas ações, o que envolve desde o cálculo de tributação até o custo incidente sobre mão de obra. O juiz Nicolau Júnior observa que

a segurança jurídica é o mínimo de previsibilidade necessária que o Estado de Direito deve oferecer a todo cidadão, a respeito de quais são as normas de convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes.

Ou seja, sem a segurança jurídica não se pode afirmar com certeza a garantia dos direitos afirmados nas mais diversas formas de relação jurídica.

Nada obstante a mencionada falta de clareza da norma legislada, é considerada especial causa da insegurança jurídica a multiplicidade de entendimentos e interpretações que os tribunais atribuem a questões jurídicas similares ou idênticas.

Ora, das soluções distintas que se atribuem a casos jurídica e faticamente idênticos não se olvida causarem um grave cisma democrático, quebrando a confiança do cidadão na tutela estatal. Mas ao que muitas vezes não se atenta é que esse mesmo cenário exorbita a falta de confiança populacional na Justiça (consequência já demais gravosa) e passa a prejudicar também a esfera econômica, freando investimentos nacionais e internacionais pelo temor do prejuízo advindo da tutela judicial imprevisível.

Nesse aspecto, como exemplo, cita-se o impacto econômico advindo da desconsideração da personalidade jurídica, muitas vezes determinada sem critério e sob razões incompatíveis com o espírito da lei, provocando desestímulo ao empreendedorismo e insegurança à atividade empresarial. O novo Código de Processo Civil pretende disciplinar, ao menos sob o aspecto procedimental, a questão da desconsideração da personalidade jurídica, assegurando o direito ao contraditório e a ampla defesa em procedimento próprio. Justamente o contraditório, considerado como princípio inafastável e que, na prática, muitas vezes sequer é possibilitado antes que o juiz decrete o atingimento dos bens particulares dos empresários.

No Estado de Direito, a segurança jurídica não decorre exclusivamente da estabilidade, certeza e previsibilidade do ordenamento jurídico positivado, mas também da interpretação e da aplicação que os tribunais dão a esses direitos. Segundo Pinheiro (1998), a segurança jurídica determina que a previsibilidade seja assegurada ao menos em quatro aspectos:

- I. na fiel e imparcial aplicação da lei pelos magistrados;
- II. na própria construção da norma, que ocorre quando o Judiciário interpreta as regras gerais e abstratas criadas pelo legislador, estabelecendo a jurisprudência;
- III. na uniformidade da interpretação e aplicação da norma pelos diferentes tribunais;
- IV. no controle do arbítrio estatal, freando as ações da administração pública que forem contra a norma.

Quanto menor e mais fraca a segurança jurídica, maior o risco atribuído às relações sociais e às transações econômicas. Ainda segundo Pinheiro (1998), a insegurança jurídica

distorce o sistema de preços ao elevar o risco e o custo dos negócios; desencoraja investimentos e a utilização do capital disponível;

estreita a abrangência da atividade econômica, desestimulando a especialização e a exploração de economias de escala; e diminui a qualidade da política econômica, tornando-a mais instável e deixando de coibir a expropriação pelo Estado, desestimulando, dessa forma, o investimento, a eficiência e o progresso tecnológico.

É com base nas causas e nos aspectos da insegurança jurídica que se debruçará o próximo item.

15.3 A crise da insegurança jurídica e a difícil equação entre previsibilidade e justiça da decisão

Para abordar a temática apresentada no presente capítulo, faz-se imprescindível, em primeira análise, abordar a questão do neoconstitucionalismo, que trouxe em seu bojo o fulcro na efetividade, e esta, por sua vez, o problema da previsibilidade, ou da ausência desta, bem como a adoção da ferramenta “precedentes” para a tradição da *civil law*.

A lei fundamental de Bonn, de 1949, trouxe um novo Direito Constitucional, nascido sob a égide da democratização e que, segundo Barroso (2005), alçou a *Constituição* ao apogeu em menos de uma geração, colocando a Carta Magna no centro do ordenamento jurídico. O intento inicial do neoconstitucionalismo busca ir além de seu precursor, o constitucionalismo, e além da limitação do poder, mas consagrará e tornar efetivos os preceitos constitucionais, sobretudo no que se refere à concretização dos direitos fundamentais (AGRA, 2008, p. 31).

Acerca da formatação neoconstitucionalista e sua diferença em relação ao jusnaturalismo, é o escólio de Duarte e Pozzolo (2010, p. 78-84):

A doutrina neoconstitucionalista, em definitivo, é também, senão sobretudo, uma política constitucional: que indica não como o direito é, mas como o direito deve ser. [...] Tanto para o neoconstitucionalista, como

para o jusnaturalista, ao contrário, o direito vale se é justo, ou seja, é obrigatório se é moralmente correto. O juízo sobre a retidão para o jusnaturalismo é dado com base em uma norma que vale independentemente do direito e do ordenamento jurídico e guia a ação, independentemente dos conteúdos contingentes às normas jurídicas. Para o neoconstitucionalismo, o juízo de retidão é dado com base em uma norma de valor que se considera positivada constitucionalmente. É nesse ponto que surgem as dificuldades e as incompatibilidades com a visão positivista, já que o neoconstitucionalismo parece pressupor um significado valorativo objetivo e cognoscível, eliminando os aspectos discricionários ou não objetivamente cognoscíveis relacionados à atividade interpretativa.

Em síntese, o neoconstitucionalismo tem por escopo tornar o Estado garantidor e efetivador dos direitos fundamentais. O Estado deixa de ser um fim em si mesmo, torna-se mecanismo de concretização da dignidade da pessoa humana, alcançada por meio da efetivação dos direitos fundamentais. Segundo Bonavides (2011, p. 65-66), busca-se “conduzir o aparelho estatal para uma democracia efetiva, onde os poderes públicos estejam capacitados a proporcionar ao indivíduo soma cada vez mais ampla de favores concretos”.

Concomitantemente a essa nova descrição de Estado, surge o problema do desequilíbrio entre os Poderes da República. A inércia do Legislativo faz com que o Executivo e Judiciário tentem, de certo modo, suprir a lacuna deixada pelo primeiro poder. Surge, assim, a figura do Judiciário como fiscalizador e supridor do poder exercido pelos demais poderes, em seus excessos ou omissões, atividade a que muitos atribuem o nome de *Ativismo Judicial*.

Para Costa e Silva (2009, p. 26),

o Estado está vinculado por um direito que a todos conferiu, o direito de acesso aos tribunais, numa partilha das suas funções e poderes, o Estado reservou a função jurisdicional para os tribunais, o Estado está vinculado pelo princípio do processo equitativo nas estruturas processuais que cria.

Diante da constitucionalização anunciada (BARROSO, 2005, p. 6), Cambi (2009, p. 10) sustenta que, embora os membros do Judiciário não sejam eleitos, é notória sua legitimidade para a efetivação dos direitos fundamentais. Se o objetivo do Estado é a concretização dos direitos fundamentais, a atividade jurisdicional, como integrante do Estado Democrático de Direito, também tem por objetivo a concretização desses direitos, mas o faz em atendimento ao caso concreto, daí depreendendo-se ampla margem de discricionariedade à atividade judicial hoje desempenhada.

Em Portugal, Otero (2001, p. 25) sustenta que

o próprio Estado procura chamar a si a definição das regras de prevalência efectiva entre as diferentes interpretações” advindas da hermenêutica constitucional, enfatizando que o “Estado procurou confiar aos tribunais a última palavra na revelação (e garantia) da identidade axiológica da Constituição.

Segundo Barroso (2005, p. 71), a efetividade “representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social”.

Disso depreende-se que a influência mais emblemática do neoconstitucionalismo sobre o processo civil é a liberdade conferida ao julgador, em qualquer esfera de jurisdição. E isso se dá em grande medida porque cabe ao juiz adequar a norma ordinária ao teor constitucional, por meio da interpretação, no mesmo sentido em que cabe a esse julgador fornecer ao caso concreto o direito fundamental estabelecido na Carta Constitucional — direito este dotado de grande abstração e que, não raro, assume, em casos concretos que demandam o mesmo direito, contornos e nuances bem distintos.

Fala-se aqui, então, do aspecto benéfico da discricionariedade e do poder interpretativo hoje imbuído à magistratura. Trata-se de benefício que, quando excedido, acarreta a insegurança jurídica. A liberdade jurisdicional, remédio que inicialmente surgiu para efetivar direitos e

concretizar a ação estatal, fortalecendo o Estado Democrático de Direito, quando utilizada em demasia transforma-se no veneno que, por sua vez, enfraquece o mesmo Estado Democrático de Direito.

Segundo Otero (2010, p. 22):

Há em todos os textos constitucionais uma pluralidade de elementos que, concatenados e ordenados, habilita extrair um sentido axiológico dotado de uma determinada “arquitectónica”: esse todo surge, assim, como um sistema organizado e não um conjunto desordenado. Ora, é esse sistema de valores emergente da Constituição que, conferindo-lhe uma específica identidade individualizadora e caracterizadora, se procura determinar na sua unidade e organização: os valores tentes num texto normativo são sempre dotados de uma ordenação e articulação que lhes confere um sentido unitário.

O magistrado, outrora mero aplicador da norma legislada, passa a interpretá-la e modelá-la de acordo com as necessidades do caso concreto, com vistas à efetivação dos direitos fundamentais, que, por sua vez, almejam atingir a dignidade da pessoa humana, aspecto também cambiante. O que a princípio parece tão somente concretude e efetividade, traz em seu bojo o risco da insegurança jurídica: a possibilidade de soluções diversas para casos similares, a variar de acordo com a interpretação dada por cada magistrado à norma constitucional⁷.

É certo ser impossível imputar somente ao neoconstitucionalismo e seu reflexo processual a insegurança jurídica hoje experimentada no Brasil. Sabe-se, também, que a amplitude cultural e social hoje vivenciada, e até mesmo o volume e a velocidade das informações, faz com que a certeza do Direito originariamente atribuída aos códigos se veja sucumbida, especialmente em um país continental como o Brasil.

⁷ De acordo com Miranda (2007, p. 319): “Em última análise, o reconhecimento da existência de lacunas será tanto maior quanto maior for a consciência de que o processo político se encontra submetido ao Direito. Mas um bem melindroso papel cabe à interpretação ao discernir e qualificar, caso a caso, as diferentes situações e ao propor soluções idôneas, tendo sempre em conta a mutável realidade constitucional”.

Disso depreende-se o choque entre dois valores: i) o princípio considerado sobrevalente no Estado Democrático de Direito; ii) a efetividade do direito alcançada por meio da liberdade de atuação ao magistrado e a necessidade de segurança jurídica, alçada pela previsibilidade das decisões judiciais.

A segurança jurídica, aparentemente atingida pela ferramenta criativa judicial, também se mostra princípio tangente à ordem constitucional, cerne do Estado Democrático de Direito, definida por Vanossi (2004, p. 47) como “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”.

A segurança jurídica constitui verdadeiro alicerce do ordenamento jurídico e da interpretação deste, dada pelos tribunais. Trata-se, segundo o Ministro Gilmar Mendes, de “valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria ideia de justiça material” (NUNES, 2010, p. 92).

Portanto, como dito, a insegurança jurídica dada pela falta de previsibilidade das decisões judiciais enseja desconfiança dos agentes econômicos, prejudicando investimentos estrangeiros no Brasil⁸.

Em Portugal, embora haja certo otimismo em relação aos investimentos recentes, Costa Cabral e Castelar Pinheiro (2002) revelou, em estudo propriamente direcionado ao impacto da justiça na economia, que, por conta do mau funcionamento do sistema da Justiça, os prejuízos ultrapassam 11% do que poderia se projetar do PIB português. A lentidão é a maior responsável pelo desastre da desaprovação de 67,5% das empresas ouvidas, em relação ao Judiciário.

Pelos dados expostos, o diálogo entre *Economics Scholarship* e *Law* se impõe especialmente na esfera da previsibilidade e segurança jurídica. Para Wald (1999),

⁸ Em entrevista, Mark Mobius, economista e cientista político americano — atualmente o maior investidor americano no Brasil —, revelou que “A ideia do Brasil decolando passou. [...] A falta de previsibilidade é o que mais assusta todo mundo” (ÉPOCA, 2013).

numa fase na qual sociólogos e economistas superaram sua anterior posição de relativa ignorância do direito e dos seus efeitos sobre a evolução da sociedade, generalizou-se o entendimento de acordo com o qual a boa, coerente e racional aplicação da lei é condição básica para o desenvolvimento.

Canotilho (1993, p. 371-372) reporta a ideia de segurança jurídica a dois princípios materiais concretizadores do princípio geral de segurança:

princípio da determinabilidade de leis, expresso na exigência de leis claras e densas e o princípio da proteção da confiança, traduzido na exigência de leis essencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesivas da previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos.

Dessa assertiva, não se pode excluir, todavia, a hermenêutica jurídica dos tribunais em relação ao conteúdo das normas, pelo que também encetadores da segurança ou insegurança jurídica, tratando-se tais interpretações do Direito vivo, concretamente aplicado, como alhures asseverado, e que detém o condão de solucionar, por meio da norma, o caso concreto. Neste sentido, Marinoni (2010) assevera que

o Estado contemporâneo, caracterizado pela força normativa da Constituição, obviamente não dispensa a conformação das regras aos princípios constitucionais e sabe que isso apenas pode ser feito pela jurisdição. Não há qualquer dúvida, hoje, de que toda norma constitucional, independentemente do seu conteúdo ou da forma da sua vazão, produz efeitos jurídicos imediatos e condiciona o “modo de ser” das regras.

Contudo, esse “modo de ser” das regras é verdadeiramente enfraquecido quando, através da hermenêutica dos tribunais, casos similares são tratados de modo diverso. Refere-se, nesse ponto, a tal diversidade a ponto de juízes distintos atribuírem procedência ou improcedência a

casos juridicamente idênticos, ocasionando ao jurisdicionado verdadeira incredulidade⁹. E o sentimento do jurisdicionado não se limita à incredulidade, mas ao descrédito do Estado Democrático de Direito, como detentor do monopólio da solução de conflitos e que, ao não fazê-lo, ou fazê-lo de modo inefetivo ou incongruente, enfraquece a força estatal. Do mesmo modo, investidores no aspecto econômico apresentam repulsa a um Estado no qual não se sabe exatamente o limite e teor dos direitos, tampouco se sabe se a posição hoje adotada permanecerá tutelando direitos já adquiridos.

Delgado (2012) ressalta que “a doutrina jurídica contemporânea tem concentrado propósitos visando analisar, com profundidade, as consequências geradas para a sociedade pela crescente condição de imprevisibilidade que vem assumindo, no Brasil, as decisões judiciais”.

No *civil law*, atribuiu-se originariamente à letra da lei a segurança jurídica, entendendo-se que a vinculação do juiz à mera aplicação literal da norma legislada seria suficiente para a manutenção da segurança. Esse pensamento nascido da Revolução Francesa pretende afastar o casuísmo judicial e alcançar o ideal de igualdade, mas deixa escapar que o tratamento diferenciado deve ser aplicado às questões diferenciadas, a fim de, aí sim, aplicar a igualdade substancial. O ideal revolucionário ignorou a máxima posteriormente concebida por Rui Barbosa (1921), segundo o qual

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. [...] Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.

⁹ Note-se que o sistema que admite decisões contrastantes estimula a litigiosidade e incentiva a propositura de ações, pouco importando se o interesse da parte é a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei. Ou seja, a ausência de previsibilidade, como consequência da falta de vinculação aos precedentes, conspira contra a racionalidade da distribuição da justiça e contra a efetividade da jurisdição (MARINONI, 2010, p. 77-78).

Wambier (2001, p. 26) sustenta que a “vinculação entre a lei e o sistema é, pois, um elemento necessário de qualquer cultura jurídica consistente e duradoura”.

No entanto, como já dito no item anterior, sabe-se que a atividade hoje desenvolvida pela judicatura não é a mesma que desenvolvida outrora, tratando-se de uma modificação advinda das necessidades sociais. A necessidade de efetivação dos preceitos constitucionais (abstratos e amplos), o reconhecimento da impossibilidade de se imputar à lei a totalidade das circunstâncias fáticas, a dinâmica social, e mesmo a inércia do legislador, fazem com que a segurança jurídica tenha de ser buscada em outro respaldo.

Em outro panorama, o *common law* sempre tributou a segurança jurídica ao controle da atividade jurisdicional.

A segurança e a previsibilidade obviamente são valores almejados por ambos os sistemas. Porém, supôs-se no *civil law* que tais valores seriam realizados por meio da lei e da sua estrita aplicação pelos juízes, enquanto no *common law*, por nunca ter existido dúvida que os juízes interpretam a lei e, por isso, podem proferir decisões diferentes, enxergou-se na força vinculante dos precedentes o instrumento capaz de garantir a segurança e a previsibilidade de que a sociedade precisa para se desenvolver (MARINONI, 2010, p. 63).

Disso depreende-se que a previsibilidade das decisões judiciais constitui verdadeiro valor moral do qual o ser humano prescinde para se desenvolver socialmente (MARINONI, 2010), sem o qual, muito embora pautado na letra da lei, permanece o jurisdicionado perdido no emaranhado de interpretações possíveis e vigentes dessa mesma lei. Embora Larenz (1991, p. 13) diga que é impossível e inviável embasar a Ciência Jurídica sobre um sistema axiológico, o *common law* prova o contrário, demonstrando-se evidentemente histórico, previsível e conservador. É na tradição do *civil law*, nos moldes atuais, que o magistrado tem maior liberdade de manipular o sistema jurídico.

Montesquieu já referenciava a necessidade de previsibilidade dos julgados:

mas se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto preciso de lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos que ali assumimos (NUNES, 2010, p. 94).

O fato é que a insegurança jurídica traz em seu bojo também o prejuízo à efetividade do Direito e, conseqüentemente, da economia, uma vez que o efeito da loteria judicial torna indeterminado o que efetivamente seja o Direito concretamente admitido.

Do exposto, em apertada síntese, é de se concluir que a atuação jurisdicional deve ter em seu escopo a segurança jurídica e a efetividade, em equilíbrio e ponderação, não havendo em verdade uma equação excludente de qualquer um desses princípios.

A forma pela qual se busca esse equilíbrio é então introduzida no centro da discussão, porquanto a adoção de um ou outro mecanismo é defendida, por parcela da doutrina, como suficiente ou parcialmente suficiente a resolução da equação efetividade/justiça da decisão X previsibilidade.

Enfim, o valor da adoção do precedente obrigatório é agora colocado em xeque, pois, em relação às cortes americanas, lembrando tratar-se do nascedouro do instituto em exame, revela Merryman e Pérez-Perdomo (2009, p. 78):

Os juízes podem reportar-se ao precedente porque se deixam submeter à autoridade da corte ou porque foram persuadidos pela sua fundamentação; porque são preguiçosos demais para resolverem os problemas por si próprios, porque não querem correr o risco de ter uma decisão revista pela instância superior, ou por uma variedade de outras razões. Estas são as principais razões para o uso da autoridade dos julgados na tradição da *common law*, e a ausência de qualquer regra formal de *stare decisis* é relativamente desimportante.

Portanto, vê-se a preocupação em relação à aplicabilidade dos precedentes judiciais obrigatórios, mesmo na sua origem, em que se revela a necessidade de um modelo que de fato é desnecessário, posto que o juiz ativista se torna responsável por suas decisões, mas a cada dia é menos propenso a agir de modo alternativo ou *aditivo*, como se diz em Portugal.

Finalmente, não se afasta o perigo de decisões previsíveis sem condições de mutabilidade e modernização acessíveis às partes. Aponta-se aqui tal preocupação porque a aplicação das regras de mudança de precedentes demanda estudo e atendimento também ao mais necessitado. Explica-se: para que um precedente seja facilmente afastado, ele deverá ser distinto do caso em estudo, ou mesmo, no Brasil, estar superado/ultrapassado. Pois bem, para tal manejo de ação que busque o afastamento do precedente vinculante (que impede inclusive admissão de recursos), um advogado deverá pleitear a não aplicação e, portanto, o seguimento da cognição do processo. Não se sabe como um indivíduo economicamente carente vai acessar esse advogado caso não esteja à sua disposição a Defensoria Pública. A total desestruturação com a assistência judiciária gratuita é visível e deverá entrar no debate em face dos precedentes. Como estes serão, na prática, fixados pelas Cortes de Brasília, devemos compreender a dificuldade de acessar e modificar entendimentos fixados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Eventualmente a decisão vinculativa poderá ser embasada em julgado repetitivo dos tribunais inferiores, possibilitando, inclusive, a efetivação e a estabilização da tutela de evidência¹⁰.

¹⁰ Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/2015: “Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

- I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;
- II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;
- III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; [...].”

Assim, resta claro que, à custa de estabilizar o Direito, pode-se ultrapassar a barreira do justo, posto que nem todos os casos são iguais e devem ser tratados por atacado, ou seja, em decisões de massa e impeditivas de rediscussão.

A solução seria a disponibilização de advogados do Estado para a tarefa de comprovar a eficácia, ou não, da aplicação do julgado precedente, sendo que, constatada a falta desses profissionais, o cidadão possa ter acesso ao direito de petição diretamente ao julgador, para que se pronuncie sobre a higidez daquela situação vinculante.

15.4 Os precedentes judiciais: solução do sistema?

Se anteriormente o sistema do *civil law* acreditava que a segurança jurídica seria encontrada na letra da lei, não é o que se infere do contexto social e histórico que se apresenta.

Neste momento, o que se pretende analisar é que, existindo maior liberdade de julgamento pelo Estado-Juiz, não raro surgem entendimentos opostos quanto a casos similares ou idênticos, ensejando um contraponto entre a necessidade de efetividade e a segurança jurídica — que, como já vimos, devem estabelecer um equilíbrio para que se aproxime da ordem jurídica perfeita.

Sabe-se que a aplicação da norma ao caso concreto, na busca pela efetividade, na forma como se dá a atuação judicante atual, estabelece brecha para entendimentos dissonantes, ou até mesmo conflitantes, em situações similares, o que coloca em xeque a coesão do Poder Judiciário como Poder uno, bem como ameaça de morte a segurança jurídica: “A ausência de previsibilidade, como consequência da falta de vinculação aos precedentes, conspira contra a racionalidade da distribuição da justiça e contra a efetividade da jurisdição” (MARINONI, 2010, p. 78).

Frise-se, ainda, que o modelo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil enseja tanto a avaliação de constitucionalidade por tribunal com competência específica quanto pela magistratura ordinária, ao que Marinoni (2010, p. 78) sustenta que: “a necessidade de um sistema

de precedentes é ainda mais evidente, já que não está em jogo apenas a unidade da interpretação infraconstitucional, mas também a própria afirmação judicial do significado da Constituição”.

Do exposto, conclui-se que, não se podendo mais atribuir a segurança jurídica única e exclusivamente à codificação, bem como tendo o *civil law* herdado a viabilidade interpretativa de lei pelo Judiciário ínsito ao *common law*, imperativa é a adoção do sistema de segurança jurídica inerente a esse sistema, consubstanciado no poder vinculativo dos precedentes, sem prejuízo ao livre convencimento do magistrado e à liberdade de julgar.

Justamente por isso grande parcela da doutrina, afirmando a aproximação das tradições do *common* e do *civil law*, bem como a adoção de institutos de um para outro sistema, atribui à teoria dos precedentes vinculativos a solução do problema da insegurança jurídica dada pela imprevisibilidade judicial, ora vivenciada no Direito Brasileiro¹¹.

Doutrina especializada se opõe à vinculatividade dos precedentes, aduzindo que a vinculatividade irracional destes enseja a generalização do julgamento de teses, o que não atende às peculiaridades das causas concretas, rebatendo-se a ideia de um Judiciário julgador de teses ao invés de julgador de causas¹². O ganho de poder experimentado pelo juiz do *civil law* vem recebendo acirradas críticas. Para Streck (2011), “Nessa perspectiva, haverá no sistema jurídico Brasileiro o poder discricionário da *common law* sem a proporcional necessidade de justificação, ocorrendo assim um processo de dispositivação da *common law*”. Sustenta-se que, mesmo nos países que seguem a tradicional utilização dos precedentes, tal utilização não se revela de forma mecânica em privilégio à

¹¹ Observe-se o art. 520 do Projeto de Novo Código de Processo Civil Brasileiro, n. 8.046-B, de 2010.

¹² “Desde já algum tempo as reformas têm se concentrado na tentativa de uniformização da jurisprudência a todo custo. O suposto é que seja possível estabelecer ‘standards interpretativos’ a partir do julgamento de alguns casos: um Tribunal de ‘maior hierarquia’, diante da multiplicidade de casos, os julgaria abstraindo-se de suas especificidades e tomando-lhes apenas o ‘tema’ a ‘tese’ subjacente. Definida a tese, todos os demais casos serão julgados com base no que foi pré-determinado; para isso, as especificidades destes novos casos também serão desconsideradas para que se concentre apenas na ‘tese’ que lhes torna idênticos aos anteriores” (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, 2010, p. 24-25).

eficiência quantitativa do Judiciário, mas deve atender à independência dos magistrados e ao enriquecimento das discussões jurídicas, sob pena do desestímulo ao acesso à justiça (Streck, 2011).

A mesma doutrina confessa irreversível o processo de miscigenação entre o *common* e o *civil law*, contudo atesta que, se o próprio legislador restou falho em estabelecer um ordenamento jurídico blindado a entendimentos dissonantes, essa atividade não pode ser absorvida pelo Judiciário, visto ser previsível seu insucesso. Adota, pois, a necessidade de privilegiar o caso concreto e a efetividade justa¹³.

Há, ainda, o risco de enfraquecimento do juiz ordinário, o qual se limitaria, assim como o juiz da Revolução Francesa, a repetir as decisões das cortes superiores. Nessa escola, a adoção do *stare decisis* viola a autonomia e a independência da magistratura, obrigando o juízo ordinário a adotar o entendimento dos tribunais ordinários ou superiores. Claro, isso a não ser que, com o pacto de inovação estudado, venha também a possibilidade de julgamento conforme e por equidade, porquanto na *civil law* sacrifica-se a flexibilidade em favor da certeza, em que, em outro canto, no *common law*, procura-se balancear esses dois valores proporcionalmente.

Merryman e Pérez-Perdomo (2009, p. 85) revelam que precedentes são mecanismos relacionados à equidade do Direito consuetudinário:

Em relação à discricionariedade judicial, os juízes da *common law* tradicionalmente possuem poderes inerentes ao exercício da sua função para aplicar a equidade: eles podem moldar o resultado de um caso às exigências dos fatos, atenuar a norma onde necessário para promover a justiça substancial, bem como interpretar e reinterpretar a norma para fazer com que ela responda às mudanças sociais. Estes poderes não são vistos como ameaça à certeza jurídica; de fato, a certeza deve ser alcançada através da doutrina do *stare decisis*, ela própria uma doutrina judicial. As dificuldades de compatibilidade do apelo da certeza jurídica

¹³ Tal alegação é refutada à medida que se permite a diferenciação entre os casos e o eventual afastamento do precedente, efetivado por meio do *distinguishing*.

com a justiça do caso concreto resultam em um problema a ser resolvido pelos próprios juízes.

Pelo exposto, fica evidente a míope visão de alguns que defendem a simples similaridade com a tradição americana e esses institutos agora trazidos ao Brasil. O que resta aguardar é a difícil adaptação de “tradições” jurídicas tão diversas e essencialmente distantes. Do mesmo modo, a simples introdução, no Direito Brasileiro, da teoria dos precedentes não é suficiente para garantir efetividade e segurança jurídica, porquanto se demanda uma alteração cultural que corresponda à implantação da teoria dos precedentes vinculativos. Não basta a imposição do modelo de precedentes vinculativos, uma vez que, não havendo a consciência individual de cada magistrado acerca da sistematicidade das decisões, ainda subsistirão decisões conflitantes para casos similares, ensejando uma das manifestações da insegurança jurídica.

A decisão moduladora deverá ser, antes de tudo, unânime, para que possa proporcionar uma discussão judicial ampla e com a presença dos sujeitos do processo, bem como do *Amicus Curiae*.

O incidente de resolução de demandas repetitivas também contribuirá para a formação dos precedentes judiciais, sendo, portanto, inafastável a pesquisa do novo instituto processual Brasileiro.

15.5 Conclusão

Vistos os pontos negativos, passa-se a exposição dos pontos havidos como positivos para suscitar a adoção da teoria dos precedentes no *civil law*.

Em que pese ser indiscutível a inexistência da subordinação entre juízes singulares ou entre juiz singular e tribunal, o fato é que, à função judicante, não é autorizado julgar com base em entendimentos subjetivos. Assim, cabe à função judicante a aplicação do Direito, ainda que interpretado, porém realizado de forma globalmente considerada, a não desbordar do restante da sistemática jurídica. A decisão judicial deve

contribuir para a sedimentação e a segurança do Direito, e não, de modo contrário, para a derrocada da ordem democrática.

Como principal argumento à adoção da teoria dos precedentes vinculativos, situa-se a necessidade da garantia da segurança jurídica por meio da previsibilidade (SARLET, 2006, p. 11). A segurança jurídica está ligada à dignidade da pessoa humana e sustenta sua correlação aos direitos fundamentais de primeira geração: vida, liberdade, igualdade e propriedade, atinentes à delimitação da intervenção do Estado na vida privada.

Disso se depreende a imprescindibilidade da segurança jurídica, bem como que esta é a base para a previsibilidade, a uniformidade de interpretação e a aplicação do Direito, além da estabilidade das decisões, ao que se atribui o *stare decisis* como garantidor.

Trata-se de perpetuar no tempo o poder e a autoridade do Estado de Direito, garantindo-se que tanto a norma legislada quanto o entendimento do Poder Judiciário acerca dessa mesma norma não serão inopinadamente alteradas, ao sabor das vontades passageiras.

Assim, é de se dizer que a utilização do precedente não prejudica a independência do juiz, pois também não induz uma subordinação absoluta, existindo possibilidades de alterações dos precedentes, bem como de afastamento diante de escorreita fundamentação e da divergência do precedente paradigmático à tutela do caso litigado.

Não merece prevalecer o argumento que suscita o *stare decisis* como violação à tripartição de Poderes, pois, em verdade, ao Judiciário não se está conferindo competência legislativa de obrigatoriedade geral, mas tão somente uma linha de obrigatoriedade intrínseca a esse poder, em sentido vertical e horizontal.

No mesmo sentido, a adoção dos precedentes, por conferir previsibilidade, favorece a atuação de investidores estrangeiros no país. Ela estanca montantes despendidos desnecessariamente pelo Estado e pelas partes na manutenção de litígios inócuos, pois a previsibilidade das decisões tende a reduzir a proliferação de litígios e a recorribilidade desmedida e infundada, de modo que somente os casos de relevância e flagrante erro de direito subam aos tribunais, abandonando a hoje reinante prática recursal, que se estabelece como regra.

Portanto, sob o aspecto utilitarista, podemos até dar as boas-vindas aos precedentes judiciais vinculantes, obviamente após a fixação de regras de implementação, competência, flexibilização e aplicação. É imprescindível, ainda, que cada magistrado adote por postura a consciência de sistematicidade das decisões proferidas, independentemente de entendimentos pessoais e subjetivos, sem que, no entanto, seja ceifado seu poder de decidir com independência.

Muito ainda há de ser feito e estudado sobre o assunto, porquanto o gérmen do instituto implantado pelo Novo Código de Processo Civil estará em breve em vigência e aplicação.

Referências¹⁴

AGRA, W. M. *Curso de Direito Constitucional*. 4ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BARBOSA, R. *Oração aos moços*. São Paulo, 1921. Disponível em: <<http://www.casa-ruibarbosa.gov.br/scripts/scripts/ruimostrefrasesrui.idc?CodFrase=1107>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BARROSO, L. R. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*. Rio de Janeiro, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUISROBERTO-BARROSO.pdf> Acesso em: 28 set. 2011.

BARROSO, L. R. *Constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>> Acesso: 12 nov. 2013.

BOBBIO, N. *Teoria geral do Direito*. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: M. Fontes, 2008.

BONAVIDES, P. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2011.

¹⁴ Agradeço, pela pesquisa jurisprudencial, à Dra. Thaiz Singer Correia da Silva.

Brasil. Lei n. 12.798, de 4 de abril de 2013. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 abr. 2013. Disponível em: <http://antigo.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/sof/LOA_2013/130410_Lei_12798_040413_anexo_II.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2015.

CAMBI, E. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. São Paulo: RT, 2009.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, M. *Juízes legisladores*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.

COSTA CABRAL, C.; CASTELAR PINHEIRO, A. *A justiça e seu impacto sobre as empresas portuguesas*. 2002. Disponível em: <https://www.bportugal.pt/pt-PT/EstudosEconomicos/Conferencias/Documents/2002DesenvEcon/Paper_13.pdf> Acesso em: 10 maio 2014.

COSTA E SILVA, P. *A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Lisboa: Coimbra Ed., 2009.

COUTURE, E. *Fundamentos del derecho processual civil*. Buenos Aires: Depalma, 1990.

DA RÓS, L. O custo da justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. *Newsletter do Observatório de Elites Políticas e Sociais do Brasil*, Curitiba, v. 2, n. 9, p. 1-15, jul. 2013.

DALLARI, D. A. *O poder dos juízes*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DELGADO, J. A. *A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica*. Disponível em: <<https://www.stj.gov.br/.../A%20IMPREVISIBILIDADE%20DAS%20DECISÕES>>. Acesso em: 12 maio 2012.

DUARTE, É. O. R.; POZZOLO, S. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2010.

DWORKIN, R. *O império do Direito*. São Paulo: M. Fontes, 2009.

FUCS, J. M. M. Mark Mobius: “A ideia do Brasil decolando passou”. *Época*, São Paulo, 4 mar. 2013. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Brasil/noticia/2013/03/mark-mobius-ideia-do-Brasil-decolando-passou.html>>. Acesso em: 17 dez. 2015.

HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

KELSEN, H. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: M. Fontes, 2000.

- LARENZ, K. *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- MARINONI, L. G. A esquecida necessidade de igualdade perante as decisões judiciais e a falta de perspectiva para o futuro projeto do CPC. *Revista Jurídica*, São Paulo, n. 397, p. 21-26, nov. 2010a.
- MARINONI, L. G. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010b.
- MARINONI, L. G. *A jurisdição no Estado Constitucional*. p. 18. Disponível em: <<http://marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2010/11/AJURISDI%C3%87%C3%83O-NO-ESTADO-CONSTITUCIONA11.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2012a.
- MARINONI, L. G. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012b.
- MERRYMAN, J. H.; PÉREZ-PERDOMO, R. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas judiciais da Europa e da América Latina*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2009.
- MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo 2: Inconstitucionalidade e garantia da constituição. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.
- NICOLAU JÚNIOR, M. *Segurança jurídica e certeza do direito: realidade ou utopia num Estado Democrático de Direito?* Disponível em: <www.met.gov.br/legis/consultoria_juridica/artigos/ordem_juridica.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.
- NUNES, J. A. M. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- OTERO, P. *A democracia totalitária: do Estado totalitário à sociedade totalitária — a influência do totalitarismo na democracia do século XXI*. Cascais: Principia, 2001.
- OTERO, P. *Direito Constitucional português*. v. 1. Coimbra: Almedina, 2010.
- PAGE, H. *A propos du gouvernement des juges*. Paris: Libr. du Recueil Sirey, 1931.
- PERELMAN, C. *Ética e direito*. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2005.
- PINHEIRO, A. C. *A reforma do Judiciário: uma análise econômica*. 1998. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/44691434/CASTELAR-A-reforma-do-judiciario-uma-analise-economica#scribd>>. Acesso em: 17 out. 2015.
- POSNER, R. A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: M. Fontes, 2007.
- SARLET, I. W. *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e com o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARLET, I. W. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional Brasileiro. *Revista de Direito Constitucional*, v. 57, dez. 2006.

SCHMITT, C. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza, 1982.

SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

STRECK, L. L. *As súmulas vinculantes e o controle panóptico da justiça Brasileira*. 2011. Disponível em: <http://www.unimar.br/biblioteca/publicacoes/2011/argumentum_11.pdf> Acesso em: 29 mar. 2012.

TARDELLI, B. *Combate à corrupção virou histeria coletiva*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-30/brenno-tardelli-combate-corrupcao-virou-histeria-coletiva>> Acesso em: 12 out. 2013.

THEODORO JÚNIOR, H.; NUNES, D.; BAHIA, A. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito Brasileiro: análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, v. 189, p. 24-25, nov. 2010.

VANOSSI, J. R. A. *Propuesta de una reforma judicial*. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2004.

WALD, A. A estabilidade do Direito e o custo Brasil. *Revista Jurídica Virtual*, v. 1, n. 6, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_06/Estabilidade_direito.htm> Acesso em: 9 abr. 2013.

WAMBIER, T. A. A. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WAMBIER, T. A. A. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito: civil law e common law. *Revista Jurídica*, São Paulo, n. 384, p. 54-59, out. 2009.

WIEACKER, F. *História do direito privado moderno*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

ZAGREBELSKI, G. *El derecho dúctil*. 8. ed. Madrid: Trotta, 2008.

Sobre os autores

Antônio Carlos Efig

Advogado, doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), professor titular do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), Curitiba - PR, Brasil.

E-mail: ace@eradv.com.br

Carla Amado Gomes

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (ULisboa), Lisboa, Portugal.

E-mail: carlamadogomes@fd.ul.pt

Edson Isfer

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), advogado na Felipe Gomes e Isfer Sociedade de Advogados, professor da UFPR, Curitiba - PR, Brasil.

E-mail: edsonisfer@fgiadvocacia.com.br

Elton Venturi

Professor da Universidade Federal do Paraná (UFPR) e da Universidade Tuiuti do Paraná (UTP), Curitiba - PR, Brasil.

E-mail: eventuri@uol.com.br

Emerson Gabardo

Pós-Doutor pela Fordham University School of Law, doutor e mestre pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), professor de Direito Administrativo da UFPR e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), Curitiba - PR, Brasil.

E-mail: e.gab@uol.com.br

Fabio Caldas de Araújo

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), professor do curso de Mestrado da Universidade Paranaense (Unipar), da Especialização da PUC-SP e da Universidade Estadual de Londrina (UEL), Curitiba - PR, Brasil.

E-mail: fabiocaldas@unipar.br

Guilherme Misugi

Advogado, mestrando em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), pós-graduando em Master of Law, LLM em Direito Empresarial, pelo Instituto Getúlio Vargas (FGV), Curitiba - PR, Brasil.

E-mail: gmi@eradv.com.br

José Luís Bonifácio Ramos

Doutor em Ciências Jurídicas, professor associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (ULisboa), Lisboa, Portugal.

E-mail: jlramos@fd.ul.pt

Leonardo Gureck Neto

Advogado, graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), pós-graduando em Master of Law, LLM em Direito Empresarial, pelo Instituto Getúlio Vargas (FGV), graduando em Ciências Contábeis pela UFPR, Curitiba - PR, Brasil.

E-mail: lgn@eradv.com.br

Luciano Elias Reis

Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), professor de Direito Administrativo do Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba), presidente da Comissão de Gestão Pública e Controle da Administração da OAB-PR, Curitiba - PR, Brasil.

E-mail: luciano@rcl.adv.br

Luciano Taques Ghignone

Promotor de Justiça do Estado da Bahia, doutorando em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (ULisboa), Salvador - BA, Brasil.

E-mail: lucianoghignone@hotmail.com

Marcia Carla Pereira Ribeiro

Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), pós-doutora em Direito pela Escola de Direito de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas (FGV), e pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (ULisboa); advogada, Procuradora do Estado do Paraná, professora do programa de Pós-Graduação em Direito e professora titular da UFPR, Curitiba - PR, Brasil.

E-mail: marcia.ribeiro@pucpr.br

Nazaré da Costa Cabral

Professora associada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (ULisboa), Lisboa, Portugal.

E-mail: nazare.cabral@netcabo.pt

Nuno Cunha Rodrigues

Doutor em Direito, professor auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (ULisboa), Lisboa, Portugal.

E-mail: nuno.cunharodrigues@gmail.com

Oksandro Osdival Gonçalves

Professor adjunto do programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* (mestrado e doutorado) em Direito Econômico e Socioambiental da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), Curitiba - PR, Brasil.

E-mail: oksandro@cgaadv.com.br

Paula Vaz Freire

Doutora em Ciências Jurídico-Econômicas, professora associada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (ULisboa), Lisboa, Portugal.

E-mail: paula_freire@fd.ul.pt

Ruy Alves Henriques Filho

Juiz do Estado do Paraná, professor da Escola da Magistratura e do Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba), Curitiba - PR, Brasil.

E-mail: ruyalveshenriques@hotmail.com

Thaís G. Pascoaloto Venturi

Doutora e mestre em Direito Civil pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba - PR, Brasil.

E-mail: thaisgpv@uol.com.br

Vivian Amaro Czelusniak

Doutora em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), mestre em Tecnologia pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR), advogada, professora da Universidade Tuiuti do Paraná (UTP), Curitiba - PR, Brasil.

E-mail: vivian.amaro@gmail.com

Desde 2008, ano em que se desencadeou uma crise financeira, iniciada nos Estados Unidos da América e que afetou a economia de diversos países, especialmente os desenvolvidos e em desenvolvimento, experimenta-se um período de baixa capacidade de crescimento econômico, inclusive em várias nações europeias. A interdependência econômica fez com que muitos outros fossem atingidos pela crise global, em maior ou menor grau, dependendo de seus relacionamentos com os mercados internacionais e de suas políticas econômicas internas, e não há como identificar os países absolutamente isentos dos efeitos dessa crise.

O cenário tornou-se propício às inquietações sobre os limites da regulamentação e da fiscalização das instituições e uma maior atividade legislativa ganhou fôlego a partir da crise.

Os coordenadores desta obra esperam, com esta iniciativa, oferecer a estudantes e profissionais das áreas jurídicas e econômicas uma fonte de estudos que, agregados às suas práticas, possam contribuir com a atualização e a reflexão crítica a respeito de assuntos relacionados ao desenvolvimento econômico sustentável.

Para isso os artigos foram organizados em três partes: Direito, Economia e Políticas Públicas; Organizações Empresariais, Administração Pública e Desenvolvimento Econômico, Direito e Desenvolvimento Econômico.



ISBN 978-85-68324-21-9



9 788568 324219



ISBN 978-989-20-6317-1



9 789892 063171