

EMPRESA, FUNCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E SUSTENTABILIDADE: FUNÇÃO SÓCIO-SOLIDÁRIA DA EMPRESA E DESENVOLVIMENTO

Coordenação:

VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA

ORIDES MEZZAROBA

SAMYRA HAYDÊE DEL FARRA NASPONILI SANCHES

MÔNICA BONETTI COUTO

Autores:

Andreia Maria Santiago • Andreia Silva da Rosa de Amorim • Carlos Luiz Strapazzon • Cle-
rilei Bier • Cristhian Magnus Demarco • Eder Dion de Paula Costa • Gina Vidal Marcílio
Pompeu • José Edmilson de Souza Lima • José Fernando Vidal de Souza • Maitê Cecília
Fabbri Moro • Mara Vidigal Darcanchy • Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça • Ma-
riana Mendes Cardoso Oikawa • Mateus Bertoncini • Orides Mezzaroba • Paola Cantarini
• Paulo Hahn • Paulo Ricardo Opuszka • Pasqualino Lamorte • Robison Tramontina • Ro-
drigo Goldschmidt • Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches • Sarah Morganna Matos
Marinho • Saulo Nunes de Carvalho Almeida • Uinie Caminha • Viviane Coêlho de Séllos
Knoerr • Vladmir Oliveira da Silveira • Willis Santiago Guerra Filho

Coleção Justiça, Empresa e Sustentabilidade

v. 4

**Empresa, Funcionalização do
Direito e Sustentabilidade:**
*função sócio-solidária da empresa
e desenvolvimento*

VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA
ORIDES MEZZAROBA
SAMYRA HAYDÊE DEL FARRA NASPONILI SANCHES
MÔNICA BONETTI COUTO

Coordenadores

**Empresa, Funcionalização do
Direito e Sustentabilidade:**
*função sócio-solidária da empresa
e desenvolvimento*

2013 | Curitiba





Nossos Contatos

São Paulo

Rua José Bonifácio, n. 209,
cj. 603, Centro, São Paulo – SP
CEP: 01.003-001

Acesse: www.editoraclassica.com.br

Redes Sociais

Facebook:

<http://www.facebook.com/EditoraClassica>

Twitter:

<https://twitter.com/EditoraClassica>

EDITORA CLÁSSICA

Conselho Editorial

Allessandra Neves Ferreira
Alexandre Walmott Borges
Daniel Ferreira
Elizabeth Accioly
Everton Gonçalves
Fernando Knoerr
Francisco Cardozo de Oliveira
Francisval Mendes
Ilton Garcia da Costa
Ivan Motta
Ivo Dantas
Jonathan Barros Vita
José Edmilson Lima
Juliana Cristina Busnardo de Araujo
Lafayette Pozzoli
Leonardo Rabelo
Lívia Gagher Bósio Campello
Lucimeiry Galvão

Equipe Editorial

Editora Responsável: Verônica Gottgroy

Produção Editorial: Editora Clássica

Capa: Editora Clássica

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

Empresa, Funcionalização do Direito e Sustentabilidade: função sócio-solidária da empresa e desenvolvimento [recurso eletrônico]. Vladimir Oliveira da Silveira, Orides Mezzaroba, Mônica Bonetti Couto Samyra Haydêe Del Farra Nasponili Sanches [coord.] – Curitiba: Clássica, 2013.

Inclui bibliografia e índice
ISBN 978-85-99654-60-5

1. Direito Público. 2. Livros Eletrônicos

CDU: 340

Luiz Eduardo Gunther
Luisa Moura
Mara Darcanchy
Massako Shirai
Mateus Eduardo Nunes Bertoncini
Nilson Araújo de Souza
Norma Padilha
Paulo Ricardo Opuszka
Roberto Genofre
Salim Reis
Valesca Raizer Borges Moschen
Vanessa Caporlingua
Viviane Séllos
Vladmir Silveira
Wagner Ginotti
Wagner Menezes
Willians Franklin Lira dos Santos

É com imensa satisfação que apresentamos mais um volume da Coletânea *Justiça, Empresa e Sustentabilidade*, este número IV dedicado ao tema Empresa, Sustentabilidade e Funcionalização do Direito, com discussões em torno da função sócio-solidária da empresa e o desenvolvimento sustentável, sob diversas matizes.

A satisfação é explicada pela repercussão do primeiro volume e pelos pedidos da comunidade científica para que um novo volume fosse editado.

A presente obra reúne o resultado das discussões do Grupo de Pesquisa/CNPQ *Empresa, Sustentabilidade e Funcionalização do Direito*, vinculado ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho - UNINOVE. Reflete, igualmente, os debates dos seus docentes além de estudos de docentes e discentes dos programas de pós-graduação de Instituições parceiras (UNOESC, UNIFOR, UFSC, UNICURITIBA, PUC/SP, dentre outras), que estudam este mesmo tema, e para esta obra contribuíram com excelentes trabalhos.

Tendo a Sustentabilidade como pano de fundo, neste número dividimos os artigos em duas temáticas, Empresa e Função Sócio-Solidária e Desenvolvimento, Trabalho e Meio Ambiente.

No grupo sobre EMPRESA E FUNÇÃO SÓCIO-SOLIDÁRIA o primeiro artigo “Responsabilidade Social Empresarial: nova forma de gestão” das autoras Andreia Maria Santiago e Gina Vidal Marcílio Pompeu, analisa a Responsabilidade Social das Empresas e co consumidor diante do desenvolvimento econômico e das relações de comércio mundiais. Constatam que a partir da década de oitenta, o mercado transnacional passou a sofrer intensas modificações privilegiando o local de consumo, em detrimento do local de produção. Revela-se, assim o poder dos consumidores, que exigem preço, qualidade e que também passam a advogar a favor do respeito ao meio ambiente e dos direitos de personalidade do trabalhador levando às empresas a buscar empreender ações caracterizadas pelo que se convencionou chamar de responsabilidade social das empresas.

O segundo artigo “Sustentabilidade: entre a prática e a estratégia empresarial para um novo padrão de desenvolvimento”, as autoras Clerilei Bier e Andreia Silva da Rosa de Amorim, realiza um resgate histórico multilateral sobre os temas desenvolvimento sustentável, responsabilidade social, sustentabilidade e estratégia empresarial, trazendo referências de diversas ciências e áreas do conhecimento, debatendo sobre o papel das empresas e suas estratégias, dentro do novo contexto de desenvolvimento sustentável.

Em seguida, os autores Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça e Saulo Nunes de Carvalho Almeida, no artigo intitulado “A Preservação do Meio Ambiente como Fundamento para Incentivos Fiscais Empresariais de Dedução do Imposto de Renda”, partindo da previsão constitucional referente ao tema preservação ambiental, analisam a hipótese de uma lei de incentivo fiscal ambiental,

visando atuar de forma direta no constante problema de carência de recursos para a proteção do meio ambiente. Indagam sobre a possibilidade do desenvolvimento de uma legislação federal, não apenas pela possibilidade de envolver uma maior quantidade de recursos, mas também, pela capacidade de utilização do Imposto de Renda.

No artigo “A Função Social dos Contratos nas Relações de Consumo: adoção de medidas de Responsabilidade Social Empresarial”, os autores Pasqualino Lamorte e José Edmilson de Souza Lima buscam ressaltar a importância da responsabilidade social da empresa e a função social dos contratos nos negócios jurídicos realizados entre empresa e a sociedade em geral mediante os contratos em massa. Salientam a necessidade de haver uma preocupação com o equilíbrio contratual nestes tipos de contratos, visando uma maior justiça social.

Tratando de consumo consciente e educação para o consumo, os autores Mateus Bertoni e Mariana Mendes Cardoso Oikawa, em artigo denominado “O Consumo Consciente e a Educação para o Consumo como Função Social da Empresa” analisam a forma com que o conteúdo finalístico da empresa passa a informar as relações de consumo, estas inevitavelmente decorrentes do regular exercício da atividade empresarial, com enfoque à necessidade de conscientização do consumidor sobre o ato de consumir. Nessa perspectiva, tentam responder ao seguinte problema: o fornecedor tem a responsabilidade de promover o consumo consciente, educando o consumidor quanto ao ato de consumir?

Samyra Haydêe Dal Farra Napolini e Vladimir Oliveira da Silveira em artigo sobre “A Função Sócio-Solidária da Empresa Privada e o Desenvolvimento Sustentável” buscam verificar como os direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento sustentável, comprometem a empresa privada com a sua efetivação. A problemática enfrentada pela pesquisa é qual a obrigação da empresa privada com o desenvolvimento sustentável e o que autoriza exigir da mesma ações no sentido de implementá-lo.

No artigo “A Funcionalização de Institutos do Direito Civil tendo em vista a Preservação da Empresa: a novação na Lei 11.101/2005”, as autoras Unie Caminha e Sarah Morganna Matos Marinho analisam a aplicação do instituto da novação ao procedimento de recuperação judicial previsto na Lei nº 11.101/05, apontando suas peculiaridades em relação a sua utilização no Direito Civil.

Willis Santiago Guerra Filho e Paola Cantarini no artigo “Sustentabilidade, Responsabilidade Social e Crise Empresarial: uma análise constitucional e crítica à atual lei de falências e recuperação de empresas (Lei 11.101/2005)” tratam de temas como o núcleo mínimo existencial intangível e a questão da flexibilização dos direitos trabalhistas; Sustentabilidade empresarial e a crise empresarial na atual Lei de Falências e de Recuperação de Empresas (Lei 11.101-2005) e no Projeto de novo Código Comercial Brasileiro (PL 1572/2011).

No segundo grupo de trabalhos em torno da temática DESENVOLVIMENTO, TRABALHO E MEIO AMBIENTE, no primeiro artigo “Direitos Fun-

damentais e Orçamento Público: revisões de uma década de guerra fiscal”, Carlos Luiz Strapazzon reflete sobre o modo como o Supremo Tribunal Federal teve de lidar com o tema da delegação legislativa para o Executivo cuidar da política tributária estadual.

Eder Dion de Paula Costa e Paulo Ricardo Opuszka no artigo “Trabalho e Renda e Resgate da Cidadania para os Empreendimentos Populares” discutem as políticas públicas para o desenvolvimento do associativismo, cooperativismo e elementos da Economia Solidária a fim de apresentar suas potencialidades para a construção da autonomia coletiva, busca de trabalho e renda e resgate da cidadania para os empreendimentos populares.

No artigo “Desenvolvimento Sustentável: em busca de um conceito em tempo de globalização e sociedade de risco” José Fernando Vidal de Souza e Orides Mezzaroba analisam o tema do desenvolvimento sob um olhar crítico, mostrando a origem do nascimento da relação homem/natureza no mundo moderno, a partir de Bacon até o fenômeno do modelo da sociedade de risco, com a evolução tecnológica, a globalização e as suas crises. Ressaltam as potencialidades e as limitações da Terra e a efetiva mudança de comportamento para garantia da sustentabilidade Planeta, com limites para abrigar pessoas, capitais e empreendimentos.

Maitê Cecilia Fabbri Moro no artigo intitulado “Marcas Verdes – Há ou não proteção para elas?” constatam que com a sociedade mais consciente e o consumidor mais alerta, as empresas passaram a ver a postura responsável e sustentável como uma vantagem competitiva frente a seus concorrentes. Assim, buscam refletir acerca das tão faladas “marcas verdes”, que se tornaram muito valorizadas pelos consumidores e, conseqüentemente, pelas próprias empresas.

Em artigo sobre “Assédio Existencial no Meio Ambiente de Trabalho” Mara Vidigal Darcanchy e Viviane Coêlho de Séllos Knoerr abordam conceitos como “assédio existencial”, o assédio existencial no meio ambiente de trabalho e os direitos fundamentais no trabalho nas Declarações da OIT.

No artigo “Da Interculturalidade à Ética da Convivência Cidadã” Paulo Hahn e Robison Tramontina demonstram que a filosofia intercultural rejeita a mistificação de uma cultura e de um saber situado como sendo “o saber” ou “a cultura”; evitando assim, um (neo) colonialismo, a globalização cultural, o particularismo, o fundamentalismo, o isolamento e o universalismo. Concluem que universalizar não é expandir o próprio e sim, dialogar com as outras tradições e que, portanto, torna-se imperioso e urgente avançar na direção de uma concepção de direitos humanos não mais meramente formalista, estática e monocultural.

Rodrigo Goldschmidt e Cristhian Magnus Demarco em “Apontamentos sobre a Discriminação Etária no Direito do Trabalho” abordam o caso da “Discriminação Etária”, estudando as suas manifestações no mundo do trabalho e possíveis medidas, à luz do Direito, para combater a sua prática.

Esperamos que esse novo volume, na esteira do primeiro, venha a contribuir para a reflexão e delineamento de conceitos de fundamental importância

para a abordagem dos temas investigados pelos pesquisadores do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho – UNINOVE e de Universidades que partilham da nossa problemática e inquietude.

Gostaríamos de agradecer ao Magnífico Reitor da UNINOVE, professor Eduardo Storópoli, à Pró-Reitora Acadêmica, na pessoa da professora Maria Cristina Barbosa Storópoli, aos Pró-Reitores de *Campus*, ao Diretor de Pesquisa, Prof. João Ferrari e ao Professor Sérgio Braga, Diretor do Curso de Direito da IES. Por fim, consignamos os nossos mais sinceros agradecimentos aos Programas parceiros, que com esta obra contribuíram, e à equipe da Editora Clássica, pelo apoio e parceria neste projeto.

Boa leitura.

São Paulo, agosto de 2013.

VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA
ORIDES MEZZABORA
SAMYRA HAYDÊE DAL FARRA NASPONILI SANCHES
MÔNICA BONETTI COUTO

APRESENTAÇÃO 05

SEÇÃO I – EMPRESA E FUNÇÃO SÓCIO-SOLIDÁRIA

1. RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL: NOVA FORMA DE GESTÃO

ANDREIA MARIA SANTIAGO E GINA VIDAL MARCÍLIO POMPEU 14

**2. SUSTENTABILIDADE: ENTRE A PRÁTICA E A ESTRATÉGIA EMPRESARIAL
PARA UM NOVO PADRÃO DE DESENVOLVIMENTO**

CLERILEI BIER E ANDREIA SILVA DA ROSA DE AMORIM..... 40

**3. A PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE COMO FUNDAMENTO PARA
INCENTIVOS FISCAIS EMPRESARIAIS DE DEDUÇÃO DO IMPOSTO DE
RENDA**

MARIA LÍRIDA CALOU DE ARAÚJO E MENDONÇA E SAULO NUNES DE CAR-
VALHO ALMEIDA 63

**4. A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO:
ADOÇÃO DE MEDIDAS DE RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL**

PASQUALINO LAMORTE E JOSÉ EDMILSON DE SOUZA LIMA 78

**5. O CONSUMO CONSCIENTE E A EDUCAÇÃO PARA O CONSUMO COMO
FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA**

MATEUS BERTONCINI E MARIANA MENDES CARDOSO OIKAWA 91

6. A FUNÇÃO SÓCIO-SOLIDÁRIA DA EMPRESA PRIVADA E O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL	
SAMYRA HAYDÊE DAL FARRA NASPOLINI SANCHES E VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA.....	109

7. A FUNCIONALIZAÇÃO DE INSTITUTOS DO DIREITO CIVIL TENDO EM VISTA A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA: A NOVAÇÃO NA LEI 11.101/2005	
UNIE CAMINHA E SARAH MORGANNA MATOS MARINHO.....	128

8. SUSTENTABILIDADE, RESPONSABILIDADE SOCIAL E CRISE EMPRESARIAL: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL E CRÍTICA À ATUAL LEI DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS (LEI 11.101-2005) E AO PROJETO DE CÓDIGO COMERCIAL BRASILEIRO (PL 1572/2011)	
WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO E PAOLA CANTARINI.....	152

SEÇÃO II – DESENVOLVIMENTO, TRABALHO E MEIO AMBIENTE

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E ORÇAMENTO PÚBLICO: REVISÕES DE UMA DÉCADA DE GUERRA FISCAL	
CARLOS LUIZ STRAPAZZON	182

2. TRABALHO E RENDA E RESGATE DA CIDADANIA PARA OS EMPREENDIMIENTOS POPULARES	
EDER DION DE PAULA COSTA E PAULO RICARDO OPUSZKA.....	216

3. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: EM BUSCA DE UM CONCEITO EM TEMPO DE GLOBALIZAÇÃO E SOCIEDADE DE RISCO	
JOSÉ FERNANDO VIDAL DE SOUZA E ORIDES MEZZAROBIA	232

4. MARCAS VERDES – HÁ OU NÃO HÁ PROTEÇÃO PARA ELAS?	
MAITÊ CECILIA FABBRI MORO.....	257

5. ASSÉDIO EXISTENCIAL NO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO	
MARA VIDIGAL DARCANCHY E VIVIANE COELHO DE SÉLLOS KNOERR..	271

6. DA INTERCULTURALIDADE À ÉTICA DA CONVIVÊNCIA CIDADÃ	
PAULO HAHN E ROBISON TRAMONTINA	283
7. APONTAMENTOS SOBRE A DISCRIMINAÇÃO ETÁRIA NO DIREITO DO	
RODRIGO GOLDSCHMIDT E CRISTHIAN MAGNUS DEMARCO	296

SEÇÃO I

EMPRESA E FUNÇÃO SÓCIO-SOLIDÁRIA

1

RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL: NOVA FORMA DE GESTÃO

ANDREIA MARIA SANTIAGO

Pesquisadora / bolsista pela FUNCAP/UNIFOR (2010), inserida na linha de pesquisa: estudo sobre a implementação da responsabilidade social das empresas, conciliando lucro com a efetivação dos direitos sociais, coordenado pela Profa. Gina Marcilio Pompeu.

GINA VIDAL MARCÍLIO POMPEU

Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará. Coordenadora e professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Mestrado e Doutorado da Universidade de Fortaleza. Coordenadora do Centro de Estudos Latino-Americanos – CELA, vinculado ao Núcleo de Pesquisa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza. Consultora Jurídica da Assembléia Legislativa do Estado do Ceará.

SUMÁRIO: Introdução 1. Abordagem histórica sobre a responsabilidade social empresarial (RSE). 2. Conceito de responsabilidade social empresarial. 3. A natureza das empresas. 4. Partes interessadas (stakeholders). 5. Relações de consumo: um novo atuar do consumidor. 6. Papel dos organismos internacionais. 6.1 ONU e Pacto Global. 6.2 Organização Internacioanal do Trabalho (OIT). 7. Instituições que impulsionam a prática da RSE. 8. Normas e Certificações. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O estudo visa analisar a Responsabilidade Social das Empresas e do consumidor diante do desenvolvimento econômico e das relações de mercado que hodiernamente operam-se na esfera mundial. Constata-se que a partir da década de oitenta, o mercado transnacional passou a sofrer intensas modificações privilegiando o local de consumo, em detrimento do local de produção. Países periféricos ao priorizarem a geração de empregos dotaram-se de legislação trabalhista mais flexível e garantiram incentivos fiscais visando atrair a implantação de empresas transnacionais. Para essas empresas, que buscam reduzir seus custos, o

local de produção deixou de ser relevante, desde que ocorresse a possibilidade de conciliar mão de obra barata, estabilidade jurídica, e condições de infra-estrutura garantidoras de agilidade na exportação. Ciente do poder dos consumidores, que exigem preço, qualidade e que também passaram a advogar a favor do respeito ao meio ambiente e dos direitos de personalidade do trabalhador, as empresas buscam empreender ações caracterizadas pelo que se convencionou chamar de responsabilidade social das empresas.

Diante desse contexto, o setor produtivo almeja conciliar lucratividade com participação do empresariado no desenvolvimento econômico e social, na formação de capital humano e com respeito ao meio ambiente. Mais do que simplesmente obedecer à legislação dos países onde ocorre a produção, a ética do consumo passa a incorporar o respeito à dignidade humana, a não agredir a natureza, a se importar com a maneira utilizada para a produção da mercadoria a ser adquirida.

O entendimento da Responsabilidade Social Empresarial induz a novo modelo de gestão que, além do aspecto financeiro, baseado na maximização dos lucros, importa em compreender a relação entre a empresa e os diversos agentes que se conectam com ela direta ou indiretamente.

Comporta ainda, a reflexão sobre o verdadeiro escopo das empresas diante do impacto ocasionado por suas atividades, gerando externalidades positivas como o desenvolvimento econômico e a criação de emprego, bem como outras negativas, a exemplo do uso desenfreado dos recursos naturais, aumento da poluição e concentração de renda.

Sob esse panorama, a empresa passa a ser vista como relevante agente de desenvolvimento econômico e social. Nesse viés, nota-se que é imprescindível a integração da empresa com a sociedade. Ou seja, a empresa, para ter sucesso, necessita de uma sociedade saudável, inserida em ambiente que garanta os mínimos existenciais para que as pessoas possam oferecer sua força produtiva e também tenham condições de consumir os produtos postos à sua disposição.

Nessa perspectiva, a Responsabilidade Social Empresarial apresenta-se como um novo paradigma de desenvolvimento, que concilia o lucro com práticas empresariais baseadas na transparência e na ética, de modo a responder aos anseios sociais.

1. ABORDAGEM HISTÓRICA SOBRE A RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL (RSE)

Exemplo emblemático de discussão em torno da questão da RSE deu-se em 1919, no julgamento do caso Dodge *versus* Ford, nos Estados Unidos. Henry Ford, acionista majoritário da *Ford Motor Company*, decidiu não dividir parte dos dividendos esperados com os acionistas, revertendo esses valores para investimentos na produção, aumento de salários, bem como para um fundo de reserva,

haja vista a redução de receita esperada, frente a sua ideia de reduzir o preço dos automóveis para conseqüentemente aumentar suas vendas (ASHLEY, 2005). Os acionistas não acataram a ideia e levaram o conflito para a justiça, o qual chegou a Suprema Corte de Michigan. O juiz julgou de modo contrário à Ford e, em sua sentença, frisou que acionistas majoritários não poderiam reter os lucros obtidos pela companhia e aplicá-los em destino não autorizado pelo estatuto, haja vista a organização ser conduzida prioritariamente para o lucro de seus acionistas (BARBIERI; CAJAZEIRA, 2009). Referido caso impactou a alocação de qualquer receita não relacionada com o lucro dos acionistas, servindo de precedente para julgados posteriores.

Os primeiros estudos referentes à RSE iniciaram-se, na década de 1950, nos Estados Unidos, ganhando espaço, em 1953, com a publicação do livro *Responsibilities of the Businessman* de Howard Bower (GOMES; MORETTI, 2007).

O debate acirrou-se, em 1970, quando um artigo de Milton Friedman, intitulado *The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits*¹, foi publicado no *The New York Times*. O artigo afirmava que a responsabilidade social da empresa consiste em gerar lucro dentro da lei. Desse modo, se os dirigentes quisessem resolver os problemas sociais deveriam fazê-lo com seus recursos pessoais e não com os da empresa. Esse pensamento embasa a Teoria do acionista (*stockholder*) na qual a função do dirigente é maximizar o lucro da empresa (BARBIERI; CAJAZEIRA, 2009).

Essa abordagem teve seu contraponto com o despertar da sociedade para a questão dos direitos difusos, conhecidos como direitos de terceira geração ou dimensão que cuidam de direitos universais como o direito ao meio ambiente saudável, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao progresso, ao trabalho, à saúde, à alimentação adequadas e regimes democráticos. Somando-se a consciência acerca do poder e influência das empresas nos campos ambiental, político e econômico. Neste último, segundo Puppim de Oliveira (2008), só em 2005, das 150 maiores entidades economias do mundo, 100 eram empresas. Todos esses aspectos trouxeram inúmeros questionamentos acerca da RSE, contribuindo para a construção da Teoria das partes interessadas ou dos *Stakeholders*. Dita expressão associada ao tema da Responsabilidade Social Empresarial ganha repercussão, no início da década de 1980, por meio das obras de Edward Freeman², que abordou o uso da expressão em diversas áreas.

Na década de 1990, várias iniciativas globais começaram a despontar atreladas a discussões em torno dos direitos humanos, direitos do trabalho, do meio ambiente e do desenvolvimento sustentável, contribuindo de modo significativo para a definição do papel da Organizações Internacionais na temática da RSE, traduzindo-se na construção de diretrizes e acordos internacionais firmados, a

¹ Leitura na íntegra: http://doc.cat-v.org/economics/milton_friedman/business_social_responsibility

² Freeman, Edward R. The politics stakeholders theory: some future directions. *Business Ethics Quarterly*, v. 4, n. 4, 1994.

exemplo do Pacto Global instituído pela Organização das Nações Unidas³ em 1999.

No Brasil, o movimento em torno da RSE só ganhou força na década de 1990, impulsionado pelo processo de redemocratização do país, pela abertura econômica e pelos direitos conquistados com a Constituição Federal de 1988 e com a promulgação, em 1990, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (ALESSIO, 2008). A valorização da RSE também se fortaleceu com a participação de entidades não governamentais a exemplo do Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas (Ibase) que promove entre as empresas a divulgação do balanço social⁴.

2. CONCEITO DE RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL

Ainda não existe um consenso sobre o conceito de RSE. Isso se deve à multiplicidade de contextos em que estão inseridos os mais diversos países. Puppim de Oliveira (2008) assevera que as ações de RSE variam de acordo com a atividade exercida pela empresa, com o local onde ela está instalada e, até mesmo, com o tempo, em face do dinamismo da sociedade. Pondera que o conceito sempre estará em evolução para poder adaptar-se às mudanças ocorridas na sociedade e nas empresas. Apesar desse entendimento, esclarece que a temática da RSE está caracterizada pela atuação das corporações fora de sua atividade fim.

Na tentativa de conceituar e estruturar o real sentido da RSE vários modelos foram apresentados, sendo um dos mais citados o da pirâmide de Carroll que apresenta quatro dimensões da RSE interdependentes, portanto, a empresa socialmente responsável deve ser lucrativa, atender às leis e deveres éticos, bem como ser uma empresa cidadã (OLIVEIRA, 2008).

A despeito de a RSE apresentar-se como um conceito em construção, esta possui características peculiares, que foram perfeitamente catalogadas na definição utilizada pelo Instituto Ethos⁵ (2010, disponível: www.ethos.org.br):

³ A Organização das Nações Unidas é uma instituição internacional formada por 192 Estados soberanos, fundada após a 2ª Guerra Mundial para manter a paz e a segurança no mundo, fomentar relações cordiais entre nações, promover o progresso social, melhores padrões de vida e direitos humanos (ONU, 2011, *on line*).

⁴ O balanço social é um demonstrativo publicado anualmente pela empresa reunindo um conjunto de informações sobre os projetos, benefícios e ações sociais dirigidas aos empregados, investidores, analistas de mercado, acionistas e à comunidade. É também um instrumento estratégico para avaliar e multiplicar o exercício da responsabilidade social corporativa. (Balançosocial.org.br, 2011).

⁵ O Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social é uma organização sem fins lucrativos, caracterizada como Oscip (organização da sociedade civil de interesse público). Sua missão é mobilizar, sensibilizar e ajudar as empresas a gerir seus negócios de forma socialmente responsável, tornando-as parceiras na construção de uma sociedade justa e sustentável. Criado em 1998 por um grupo de empresários e executivos oriundos da iniciativa privada, o Instituto Ethos é um polo de organização de conhecimento, troca de experiências e desenvolvimento de ferramentas para auxiliar as empresas a analisar suas práticas de gestão e aprofundar seu compromisso com a

Responsabilidade social é a forma de gestão que se define pela relação ética e transparente da empresa com todos os públicos com os quais ela se relaciona e pelo estabelecimento de metas empresariais compatíveis com o desenvolvimento sustentável da sociedade, preservando recursos ambientais e culturais para as gerações futuras, respeitando a diversidade e promovendo a redução das desigualdades sociais.

A empresa é vista como um sistema em que se desenvolvem diversas atividades que extrapolam o âmbito econômico. Torna-se personagem direto do desenvolvimento social, e deve, portanto, atuar nesse papel como um instrumento de concretização dos direitos humanos e de melhoria na qualidade de vida das pessoas, sem se descuidar da preservação dos recursos naturais.

Cumpra afirmar a importância de ter-se em mente que a responsabilidade social não se confunde com ações de filantropia. A responsabilidade gira em torno de toda a gestão empresarial; assim, a empresa, além do lucro, deve garantir a satisfação de seu cliente e estar atenta para que sua atividade não prejudique o bem-estar da sociedade. Elvira Ventura (2008) explica que a questão da RSE deve estar desatrelada do discurso filantrópico e inserir-se na própria gestão empresarial. Nesse sentido, o valor da empresa passa a relacionar-se com o seu posicionamento socioambiental, tornando-se variável importante para a boa imagem e por consequência para o sucesso nos negócios.

No mesmo sentido asseveram Melo Neto e César Froes (2001) que a responsabilidade social empresarial não se confunde com ações filantrópicas, uma vez que vai além da ação individual e voluntária, pois caminha para a soma de vontades, constituindo-se em consenso da obrigação moral e econômica que liga a todos que participam da vida em sociedade.

Pode-se dizer que a filantropia é uma ação humanitária. Desse modo, doações e outros gestos de caridade não caracterizam a responsabilidade social da empresa, por não se integrarem aos negócios, ou seja, ao plano estratégico da empresa. A responsabilidade social empresarial necessita de planejamento estratégico que envolva todas as dimensões da empresa.

3. A NATUREZA DAS EMPRESAS

Entender a necessidade de incorporação da responsabilidade social no âmbito das empresas exige, preliminarmente, um olhar mais profundo sobre a natureza das corporações. No ordenamento jurídico brasileiro, as sociedades empresariais são entes dotados de personalidade jurídica, ou seja, possuem aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações, como se depreende do

responsabilidade social e o desenvolvimento sustentável. É também uma referência internacional nesses assuntos, desenvolvendo projetos em parceria com diversas entidades no mundo todo (ETHOS, 2010, *on line*).

artigo 44 do Código Civil de 2002 que elenca em seus incisos as pessoas jurídicas de direito privado. Sob esse aspecto, a doutrina pátria aduz (Fran Martins, 2007, p. 186):

E sendo pessoas jurídicas têm capacidade de agir para defesa dos seus fins, recorrendo a indivíduos, que são os seus órgãos, tendo patrimônio autônomo daqueles dos sócios, sendo capazes de assumir obrigações ativas e passivas em seu próprio nome, podem estar em juízo como autores ou rés, têm nome próprio, domicílio certo e nacionalidade [...].

Na exposição dessa titularidade, quer-se aqui levantar a tese de que as empresas possuem capacidade para responder por seus atos, e estes devem dotar-se de prerrogativas principiológicas que determinam um agir ético e moral.

Quando o Estado atribuiu personalidade jurídica às empresas, além de direitos, ele outorgou deveres inerentes a sua atuação no seio social, e tais deveres expressam-se no instituto da função social empresarial.

No Brasil, a função social da empresa foi estipulada expressamente como regra no ano de 1976, por meio da Lei das S.A (Lei 6404/76) nos artigos 116, parágrafo único, e 154, “caput”:

Art. 116. [...] Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem 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.

Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

Com a Constituição de 1988, o instituto ampliou seu raio de incidência e alcançou todo o direito empresarial. Instituíram-se regras gerais que colocaram a empresa como ente de fundamental importância para a sociedade, devendo esta propiciar crescimento econômico não somente voltado para o lucro, mas sim para promover o desenvolvimento social. Tal ideal evidencia-se com a previsão constitucional da função social disposta nos art. 5º, XXIII, e no art. 170. Este último traz um conjunto de princípios nos quais se deve pautar a ordem econômica, que tem como principal agente as empresas.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]II - propriedade privada; III - função social da propriedade;IV - livre concorrência;V - defesa do consumidor;[...]VII - redução das desigualdades regionais e sociais;VIII - busca do pleno emprego;

Giovanna Teles (2010), ao analisar a função social da empresa como princípio constitucional, entende que o art. 170 infere uma ordem econômica baseada na livre iniciativa, valorizando, portanto, o regime capitalista, no qual a função social deve ser cumprida. Tal cumprimento ocorre quando os bens de produção têm uma destinação compatível com os interesses da coletividade, fazendo circular riquezas e gerando empregos.

Referida autora esclarece que o cumprimento da função social pelas empresas poderá ser visualizado na simples aplicação da *Teoria da Eficiência de Pareto*, que consiste em desenvolver a atividade empresarial sem que nenhuma das partes envolvidas sofra prejuízos. Dessa maneira, se a empresa gera crescimento sem causar prejuízos a fornecedores, a consumidores e à sociedade, estará realizando sua função social.

Observa-se, então, que a função social da empresa constitui uma ampliação do conceito constitucional de propriedade, no qual ambos devem alcançar seu fim social. Esse fim, no âmbito empresarial, é alcançado quando a empresa paga seus impostos, gera empregos e distribui renda.

Noutra análise, quanto à natureza da corporação, pode-se afirmar que as empresas possuem natureza moral. É importante frisar esse entendimento, sobretudo porque o campo do direito e da moral não se confundem. Em que pese ambos tratem de normas de condutas humanas, existem matérias disciplinadas de modo exclusivo em cada um desses domínios.

Joe Badaracco (2003), professor de ética comercial da *Harvard Business School*, afirma que as corporações possuem uma natureza moral, uma vez que são constituídas sob a égide das leis do país, pois estas representam expressões de valores, preferências e ideais da sociedade. De outro modo, além de serem regulamentadas pelo governo, sofrem influência de outros meios, em relação aos quais procuram atuar de modo sensível; nesse sentido expressam sua natureza moral, pois não agem como entes inertes ao meio que lhes circunda.

Barbieri e Cajazeira (2009, p. 89), ao tratarem da relação entre moral e direito, no estudo da responsabilidade social, asseveram:

As ações que antecipam as leis ou que vão além do que a lei exigem estão nessa categoria, se tais questões são tidas como moralmente corretas pela sociedade. A empresa não está obrigada por lei a revelar o seu desempenho ambiental para o público em geral, porém essa prática é cada vez mais esperada por amplos setores da sociedade preocupados com o estado do planeta, do país e da região, de modo que ser transparente nesse aspecto é uma conduta moralmente correta.

Linda Starke, ao entender a corporação como ente dotado de conteúdo moral, concebeu cinco estágios para a evolução moral da empresa. Tal entendimento adveio de um estudo realizado dos ensinamentos de Eric Reidenbach e de Donald Robin que desenvolveram um modelo de desenvolvimento ético-empresarial, o qual é apresentado em cinco estágios:

O primeiro corresponde ao da Corporação Amoral. Neste busca-se o lucro a qualquer custo, sem respeito às normas, aos valores sociais. Os empregados atuam como meras unidades econômicas de produção, não havendo o compromisso do empresariado com o meio social e com as instituições jurídicas do Estado.

O segundo estágio corresponde à Corporação Legalista. Neste há o respeito à lei, adota o empresariado os códigos que declaram os valores e as práticas corporativas que definem a conduta da corporação.

O terceiro é o da Corporação Receptiva que se mostra responsável socialmente por conveniência. Entende-se que as decisões éticas podem beneficiar a empresa, após longo prazo, mesmo que envolva perdas econômicas imediatas.

O quarto é o da Corporação Ética Nascente, que reconhece a existência de um contrato social entre os negócios e a sociedade. Em virtude disso, procuram generalizar em todos os setores da corporação um equilíbrio entre as preocupações éticas e a lucratividade.

O quinto estágio é o da Corporação Ética. Este ainda não foi atingido completamente e consubstancia-se no perfeito equilíbrio entre o lucro e a ética. Tal ética está permeada na própria cultura da empresa e do empregado, havendo recompensa aos empregados que se afastassem de ações comprometedoras. Nessas empresas há mentores para dar orientação moral aos novos empregados.

4. PARTES INTERESSADAS (*STAKEHOLDERS*)

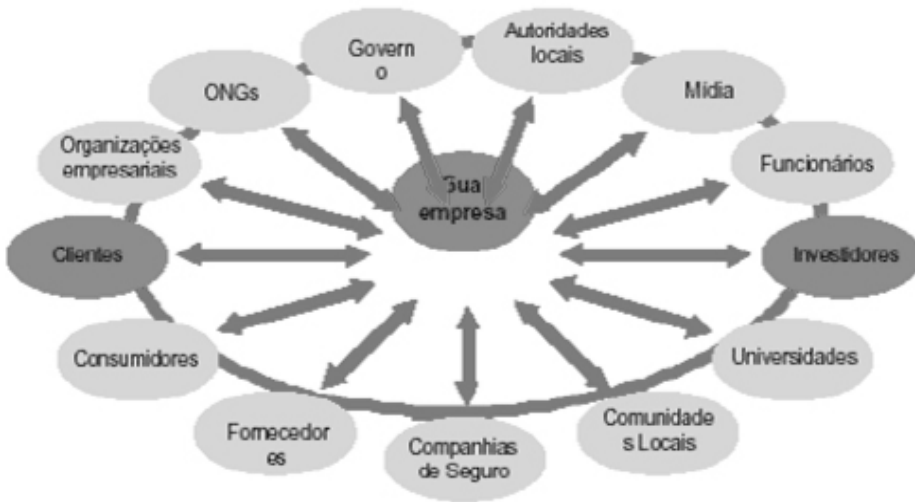
Salienta-se que vários autores, por volta da década de 1990, buscaram contribuir para a construção de uma teoria que compreendesse o comportamento das empresas a partir do ponto de vista dos agentes que eram influenciados pelas atividades empresariais. Nesse contexto surge a teoria dos stakeholders que, conforme Gilson Karkotli (2007, p.18):

[...] considera que deve haver uma mudança de perspectiva na estratégia das organizações, de forma que exista uma relação de responsabilidade da organização com o atendimento das necessidades de todos os grupos de interesse - *stakeholders* e não mais somente dos acionistas majoritários da mesma. É necessário identificar os interesses prioritários, relacionados com os objetivos e a política da organização, de forma a assegurar sua sustentabilidade no mercado, no longo prazo.

Barbieri e Cajazeira, (2009), ao comentarem Clarkson, apontam a classificação sintética, considerando os *stakeholders* em grupos primários, frente aos quais, a empresa não sobreviveria sem sua contínua participação; e, os grupos secundários que apesar de não estarem engajados em transações diretas, influenciam e são influenciados pela atividade empresarial, a exemplo da imprensa e de organizações da sociedade. Na interrelação *stakeholders* versus empresa, esquematizada na Figura 2, cada grupo exerce influências distintas e, sobretudo,

cada grupo tem interesses diversos, razão pela qual é fundamental que a empresa consiga distinguir os grupos, baseado em critérios específicos.

Figura 2: Visão esquemática dos *stakeholders* versus empresa



Fonte: Kraemer disponível em: <http://www.gestiopolis.com/canales5/fin/responsocial.htm>. Acessado em: 28.08.2012

Analisar os *stakeholders* é traçar o ambiente em que a empresa está inserida, detectando qual o grau de influência que esses atores têm sobre a empresa e como eles interferem na gestão empresarial. Sobre o tema informa Andrew Savitz (2007, pp.181-182):

O mapeamento dos *stakeholders*, técnica para a identificação e priorização dos detentores de interesses, é poderosa ferramenta de diagnóstico. Ela o ajuda a definir sua atual posição em relação a vários grupos de pressão, organizações comunitárias, interesses econômicos e financeiros, órgãos governamentais e outras partes interessadas em suas atividades e capazes de afetar seu desempenho.

Tal identificação pode ser facilitada pela utilização de técnicas nas quais os *stakeholders* encontram-se classificados em categorias, possibilitando o entendimento das relações individuais. Segundo Ronald Mitchel, Bradley Agle e Donna Wood (1997), o mapeamento pode levar em consideração três dimensões: a primeira consiste no poder dos *stakeholders* de influenciar uma empresa

fazendo com que aconteça o resultado que almejam, relacionando-se, portanto, com a presença de recursos coercitivos, utilitários e simbólicos; a segunda, na legitimidade, ou seja, na percepção generalizada ou na suposição de que as ações de uma entidade são desejadas, próprias ou apropriadas dentro de algum sistema de normas, valores, crenças e definições, socialmente definidas. Assim, quanto mais almejadas forem as ações mais legítimas se tornam; a terceira, na urgência. Nessa categoria se faz necessário levar em consideração a percepção do tempo e da importância do *stakeholder*, uma vez que esta dimensão reflete a necessidade por atenção imediata aos interesses do ator.

Andrew Savitz (2007, p.208), ao concluir o capítulo intitulado “Enfrentando os desafios de stakeholders especiais”, ressalta:

[...] conhecer os interesses, objetivos e motivações dos stakeholders que atuam em seu setor pode oferecer-lhe importantes sinais prematuros das questões que estão prestes a explodir. E a maneira mais eficaz de ouvir e compreender esses stakeholders é empenhar-se num diálogo contínuo e aberto com eles. Bem gerenciado, o envolvimento dos stakeholders é como operar um radar exclusivo, inacessível para outras empresas, criando condições para que você se prepare hoje para a crise de amanhã.

Desse modo, observa-se que ter uma boa relação com os *stakeholders* é importante porque dá à empresa subsídios para prever e antecipar problemas. Apresenta-se, portanto, como uma estratégia empresarial, representando uma forte vantagem competitiva que permite desenvolver o panorama de negócios, além de identificar as variáveis-chave para a elaboração de cenários propícios à solução de problemas.

Ao considerar que a prática da responsabilidade social empresarial pressupõe a formação de uma rede de relacionamentos com seus diversos públicos com vista à melhoria da qualidade de vida da sociedade, constata-se que o conhecimento e o entendimento dos stakeholders são imprescindíveis para a adoção dessa prática, como assevera Gilson Karkotli (2007, p. 57):

O diálogo com as partes interessadas exige estrutura e método, pois envolve consumidores, comunidades sindicais, autoridades reguladoras, organizações não governamentais, organismos financiadores e mesmo os concorrentes. Nada disso é novidade nem há o risco de que se trate de uma nova moda, pois já há um razoável consenso de que essa tendência é inexorável. Extraordinário é o vigor com o qual as empresas estão sendo impelidas a adotar essas posturas, assim como o grau de profissionalismo que já pode ser observado na implementação das ferramentas e modificações organizacionais necessárias para que tais mudanças sejam efetivadas.

Ao tratar da temática, Bricia Nepomuceno (2010, p.57), em trabalho monográfico intitulado Sustentabilidade, mercados e empresas: estudo sobre a responsabilidade social empresarial e a efetivação dos direitos sociais, referenda

esse entendimento:

Tidos como elemento essencial ao planejamento estratégico dos negócios, os stakeholders têm expectativas e demandas quanto ao comportamento das empresas no que diz respeito a questões trabalhistas, ambientais, sociais e éticas. Com um canal de comunicação aberto e cordial entre organizações e partes interessadas, as ações de RSE vão sendo definidas (sem comprometer a saúde financeira e o funcionamento das empresas) e, à medida que são implantadas, conferem legitimidade às organizações como socialmente responsáveis ou cidadãs.

Posto isto, é inquestionável que a RSE está consolidando-se no mundo cada vez mais globalizado, sendo entendida como estratégia empreendedora que oportuniza a adequação das empresas às novas exigências do mercado. Mais que isso, sua adoção auxilia na consolidação da marca no mercado, importando em um maior retorno financeiro, além de contribuir para a melhoria na qualidade de vida de todos os seus *stakeholders*.

5. RELAÇÕES DE CONSUMO: UM NOVO ATUAR DO CONSUMIDOR

Diante da observação do panorama das relações de consumo, do início do século XXI, é possível verificar que já existem movimentos de conscientização mundial dos consumidores no que concerne aos seus direitos e aos seus deveres. Os direitos do consumidor, como direitos difusos, foram revigorados diante da concorrência do livre mercado. A conscientização sobre o consumo responsável veio à tona justamente no momento em que os impactos da globalização se tornaram mais evidentes.

O consumidor começa a adquirir a percepção de que faz parte de uma aldeia global e que sua falta de postura ante um consumo inconseqüente reflete em todo o sistema, e acelera de maneira mais imediata a exacerbação da pobreza e de forma mediata o desenvolvimento econômico fadado a não sustentabilidade. Sob esse viés, a sociedade já sente os reflexos de vários anos de consumo desenfreado e irresponsável, como o aquecimento global, o derretimento das geleiras com elevação do nível do mar, a formação das chuvas ácidas, a extinção de centenas de espécies de animais e até mesmo a falta de bens de consumo que se extinguíram pelo excesso de consumo.

Um modelo clássico de exploração irresponsável de bem de consumo é retratado por Andrew Savitz (2007), que exemplifica a decadência da indústria da baleia, que representou a prosperidade americana por mais de cem anos e que empregava mais de 70 mil habitantes. Essa decadência iniciou-se na década de 1840 quando os caçadores ignoraram as ameaças de extinção e levaram a indústria ao colapso. Tal exemplo é contundente e comprova que a exploração desenfreada de um bem de consumo, quando se visa apenas ao lucro, pode tornar o empreendimento insustentável.

Vale ressaltar que no âmbito das relações de consumo, outro aspecto que pode tornar o empreendimento insustentável diz respeito às atitudes estabelecidas no ambiente de produção das empresas. Um caso emblemático é o da Nike que, no começo dos anos 80, fechou suas fábricas nos Estados Unidos e transportou sua produção para países onde o custo era menor. Tal atitude permitiu que a Nike crescesse de forma impressionante, haja vista que seu gasto de produção era baixo, de modo que pode investir em *designs* inovadores e campanhas de *marketing*.

Contudo, já na década de 1980, os mesmos fatores que levaram a empresa a acelerar seu crescimento passaram a ser criticados. Ao longo dos anos 90, a imagem da empresa foi sofrendo desgaste com as divulgações de pagamentos de baixos salários na Indonésia, na China e no Vietnã e a utilização do trabalho infantil no Camboja e no Paquistão. Esse último caso teve grande repercussão e instalou-se uma onda de protestos contra o trabalho infantil, bem como um movimento de boicote aos produtos da Nike. Inicialmente a empresa tentou negar sua responsabilidade afirmando que não era responsável pela forma de produção e contratação de seus fornecedores. Tal alegação **não** conseguiu melhorar sua imagem diante dos consumidores que continuaram exigindo uma mudança de atitude.

A Nike submeteu-se às regras dos consumidores e estabeleceu várias ações que a aproximaram de seus fornecedores, como o estabelecimento de um código de conduta que deveria ser aplicado por eles. Em 2000, a Nike organizou departamentos de responsabilidade corporativa e flexibilidade, nos quais pessoas especializadas visitam as fábricas fornecedoras e determinam a obediência aos padrões estabelecidos pela empresa. Atualmente, a Nike também apoia organizações internacionais e as sem fins lucrativos que buscam melhorar os padrões para os trabalhadores em vários países em desenvolvimento (OLIVEIRA, 2008).

No mesmo sentido, outro caso de repercussão foi o protesto em tour mundial promovido pela PETA (*People for the Ethical Treatment of Animals* – Pessoas pelo Tratamento Ético dos Animais) de boicote à Benetton por utilizar lã australiana retirada de forma cruel das ovelhas para a confecção de seus produtos. O objetivo do grupo PETA era convencer a Benetton a se unir ao movimento de lojistas que pedia uma reforma na indústria australiana de produção de lã comprometendo-se a não vender artigos de vestuário confeccionados com lã australiana até que cessassem as práticas de criação (*mulesing*) e exportação de animais vivos. (CMI BRASIL, 2005, disponível em: www.midiaindependente.org).

Como o movimento sensibilizou os consumidores da marca, a Benetton acabou flexibilizando sua posição e informou à indústria de lã australiana que passaria a utilizar outro tipo de lã, uma vez que as preocupações com o bem-estar dos animais era prioridade para seus clientes (PETA, 2005, disponível em: www.peta.org).

Nota-se que tais exemplos corroboram a ideia de que diante das pres-

sões do mercado consumidor, as empresas mudam suas estratégias e passam a agir conforme a ética pedida pelo mercado. Ante esse contexto, o consumidor, de forma mais compromissada, se questiona sobre “[...] o ciclo produtivo, a atuação dos sócios e a cidadania corporativa, preferindo, por exemplo, adquirir um produto mais caro, por saber que ele não é resultado de mão-de-obra infantil ou de concorrência desleal” (MATTIOLI, 2003, p.5).

Nesse aspecto, as empresas percebem que houve inúmeras alterações nos padrões de consumo e que, para se manterem no mercado, precisam adotar em sua gestão estratégias diferenciadas que visem ao desenvolvimento sustentável, por meio da implementação da responsabilidade social empresarial. Desse modo, o consumidor torna-se o instrumento mais importante de incentivo à implementação da Responsabilidade Social das Empresas, pois, a partir de seus hábitos de consumo consciente, pressiona as empresas a mudar sua atitude, assim, por meio de suas escolhas, induz gradativamente as empresas a adotarem práticas sustentáveis. Sob esse aspecto da sustentabilidade Andrew Savitz (2007, p.2) afirma que:

[...] a empresa sustentável é aquela que gera lucro para os acionistas, ao mesmo tempo que protege o meio ambiente e melhora a vida das pessoas com quem mantém interações. Suas atividades promovem a interseção entre os interesses de negócios e os interesses do meio ambiente e da sociedade. [...] as empresas sustentáveis desfrutam de excelente oportunidade para alcançarem maior sucesso amanhã do que hoje, e para continuarem prosperas, não só durante alguns meses ou mesmo anos, mas ao longo de décadas e gerações.

Frente ao exposto, é inegável que o poder dos consumidores pode determinar o futuro do sistema econômico, social e ambiental. Posto isto não há como desatrelar o consumo consciente dos ideais de implementação e formação de empresas socialmente responsáveis. Resta claro que as empresas que adotam a RSE primam pela qualidade nas relações com seus diversos públicos, bem como pela produção baseada na sustentabilidade dos recursos, fatores que auxiliam no desenvolvimento socioeconômico satisfatório. Assim a RSE apresenta-se como ferramenta viável a dirimir o descontentamento social global causado pelo capitalismo de mercado transnacional.

6. PAPEL DOS ORGANISMOS INTERNACIONAIS

Ao analisar o papel dos organismos internacionais frente à RSE, é importante pautar que este surgiu intrinsecamente ligado ao movimento pelo desenvolvimento social sustentável. Nesse contexto, ficou cada vez mais evidente que as atividades empresariais causam impactos econômicos, sociais e ambientais avassaladores. Não há como a sociedade ignorar esse poder incontestado das empresas, sobretudo, dos grandes conglomerados econômicos. Diante do quadro posto, ampliaram-se as discussões entre os membros das Nações Unidas que passaram a

formular soluções para tornar as empresas mais socialmente responsáveis.

Ressalte-se que essas soluções se traduzem em iniciativas, recomendações, códigos unilaterais e multilaterais, em suma, documentos das Nações Unidas e de seus organismos como a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) que conferem o mínimo aceitável para o atuar das empresas (ALIGLERIm, 2009).

6.1 ONU E PACTO GLOBAL

O Pacto Global é uma das mais importantes iniciativas desenvolvida pela Organização das Nações Unidas, em 1999, que tem por escopo o compromisso das empresas em assumirem uma gestão pautada em princípios que, de certa forma, expressam os preceitos da RSE. Em apertada síntese, consiste na adoção de práticas de negócios que reflitam em valores fundamentais e internacionalmente aceitos, resumidos em dez princípios.

Tabela 1: princípios do Pacto Global

Princípios de Direitos Humanos	1. Respeitar e proteger os direitos humanos. 2. Impedir violações de direitos humanos.
Princípios de Direitos do Trabalho	3. Apoiar a liberdade de associação no trabalho. 4. Abolir o trabalho forçado. 5. Abolir o trabalho infantil. 6. Eliminar a discriminação no ambiente de trabalho.
Princípios de Proteção Ambiental	7. Apoiar uma abordagem preventiva aos desafios ambientais. 8. Promover a responsabilidade ambiental. 9. Encorajar tecnologias que não agridem o meio ambiente.
Princípios contra a Corrupção	10. Combater a corrupção em todas as suas formas inclusive extorsão e propina.

Fonte: tabela elaborada pela autora, adaptado de O QUE é pacto global. (2011, disponível em: <http://www.pactoglobal.org.br/default.aspx>).

Puppim de Oliveira (2008) aduz que a principal ideia traçada funda-se na construção de parcerias e ações com vista à formação de uma economia global mais sustentável e inclusiva, e, nesse sentido, coaduna-se com o disposto no site das Nações Unidas, no Brasil (2011, disponível em: www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-em-acao/a-onu-e-as-empresas/):

A idéia da criação do Pacto Global considerou que atualmente as empresas são protagonistas fundamentais no desenvolvimento social das nações e devem

agir com responsabilidade na sociedade com a qual interagem. Na medida em que se envolvem nesse compromisso, contribuem para criar uma sociedade mais justa e compreendem mais profundamente as oportunidades existentes num contexto social complexo e dinâmico.

No Brasil, cerca de 300 empresas assinaram o Pacto Global. Tais empresas atuam em diversos setores, e são do mais variado porte (2011, acessado em: www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-em-acao/a-onu-e-as-empresas/). Fato que corrobora, à primeira vista, para o entendimento de que o setor privado está aberto às iniciativas desenvolvimentistas promovidas pelas organizações internacionais.

6.2 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT)

A OIT é uma agência das Nações Unidas que possui um caráter universal e atua em uma estrutura tripartite que envolve empregadores, empregados e governo. Tem por missão promover as condições adequadas de trabalho definidas como liberdade, equidade, segurança e dignidade humana. Suas convenções e recomendações fornecem elementos para a prática da RSE de forma mais detalhada, uma vez que tratam de questões específicas, a exemplo da proibição de toda e qualquer forma de trabalho forçado, disciplinada nas Convenções 29 e 105 (BARBIERI; CAJAZEIRA, 2009).

Atenta aos debates iniciados na década de 1960 a 1970 em relação às empresas multinacionais, a OIT encarregou-se de sistematizar regras com o intuito de regulamentar a conduta dessas multinacionais nos países em que fossem instaladas. Nesse escopo, em 1977, é editada a Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social, na qual há destaque para questões trabalhistas e de política social.

No Brasil, a OIT, além da promoção permanente das normas internacionais de trabalho, emprego e proteção social, atua no apoio ao esforço nacional de promoção do trabalho decente. Segundo o Escritório da OIT no Brasil, em maio de 2006, o Brasil lançou a Agenda Nacional de Trabalho Decente (ANTD), fruto de um memorando assinado, em 2003, entre o presidente do Brasil e o Diretor-Geral da OIT, esta consiste em um projeto de cooperação técnica que prevê a consulta com as organizações de empregadores e de trabalhadores com vista a gerar melhores empregos, erradicar o trabalho escravo e infantil e fortalecer os atores tripartites e do diálogo social (OIT/Brasil, 2011, disponível em: <http://www.oit.org.br/>).

6.3 ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE)

É uma organização que traça diretrizes para uma gestão social e economicamente responsável destinados às multinacionais, constituindo verdadeiro código de conduta para diversas questões empresariais. Sobre o assunto o Ministério da Fazenda informa (2011, disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/sain/pcnmulti/diretrizes.asp>).

As Linhas Diretrizes para Empresas Multinacionais (as Linhas Diretrizes) são recomendações dos governos à atenção das empresas multinacionais. Fornecem princípios voluntários e padrões para uma conduta empresarial responsável e consistente com as leis adotadas. As Linhas Diretrizes objetivam assegurar que as atividades destas empresas estejam em harmonia com as políticas governamentais, de modo a fortalecer as bases de uma confiança mútua entre as empresas e as sociedades nas quais elas realizam operações, ajudar a melhorar o clima para investimentos estrangeiros e contribuir para um desenvolvimento sustentável produzido pelas empresas multinacionais. As Linhas Diretrizes fazem parte da Declaração da OCDE sobre o Investimento Internacional e as Empresas Multinacionais, os outros elementos sendo relacionados com o tratamento nacional, os requisitos contraditórios impostos às empresas, e os incentivos e desincentivos ao investimento internacional.

Conforme Oliveira Puppim (2008), cada país que adere aos princípios da OCDE possui um Ponto de Contato Nacional (PCN) que será responsável pelo implemento das diretrizes no país. Caso haja denúncia contra empresas que descumpriram os princípios, esta deverá encontrar junto ao PCN uma solução, sob pena de ser responsabilizada nos demais países que aderiram à OCDE. Os princípios gerais da OCDE que as empresas multinacionais devem seguir são:

Tabela 2: princípios gerais da OCDE

1. Contribuir para o progresso econômico, social e ambiental com o propósito de chegar ao desenvolvimento sustentável.
2. Respeitar os direitos humanos daqueles envolvidos nas atividades destas empresas, consistentes com as obrigações e os compromissos internacionais do governo hospede.
3. Estimular o fortalecimento das capacidades locais, através de uma estreita cooperação com a comunidade local, incluindo interesses empresariais, bem como a expansão das atividades da empresa nos mercados doméstico e internacional, compatíveis com a necessidade de boas práticas comerciais.
4. Incentivar a formação do capital humano, criando em particular oportunidades de empregos e facilitando o acesso dos trabalhadores à formação profissional.

5. Abster-se de procurar ou aceitar isenções que não constem do quadro estatutário ou regulamentar em relação ao meio ambiente, à saúde, à segurança, ao trabalho, aos impostos, aos incentivos financeiros ou a outras questões.
6. Respaldar e manter bons princípios de governança corporativa, e desenvolver e aplicar boas práticas de governança corporativa.
7. Desenvolver e aplicar práticas auto-reguladoras eficazes e sistemas de gestão que fomentem uma relação de confiança mútua entre as empresas e as sociedades nas quais realizam suas operações.
8. Promover a sensibilização dos trabalhadores quanto à política empresarial mediante a apropriada difusão desta política, recorrendo inclusive a programas de formação profissional.
9. Abster-se de ação discriminatória ou disciplinar contra os empregados que fizerem relatórios sérios à diretoria ou, quando apropriado, às autoridades públicas competentes, sobre as práticas transgredindo a lei, as Linhas Diretrizes ou a política empresarial.
10. Encorajar, quando possível, os sócios empresariais, incluindo provedores e serviços terceirizados, a aplicarem princípios de conduta empresarial consistentes com as Linhas Diretrizes.
11. Abster-se de qualquer envolvimento abusivo nas atividades políticas locais.

Fonte: tabela elaborada pela autora, adaptado de Diretrizes da OCDE para empresas multinacionais (2011, disponível em: www.ocde.org).

7. INSTITUIÇÕES QUE IMPULSIONAM A PRÁTICA DA RSE

A preocupação das empresas com o impacto das relações estabelecidas entre elas e seus *stakeholders* torna-se, no século XXI, uma constante, principalmente porque o modo como essas relações se operam refletem no desempenho econômico das corporações.

Em perfeita sintonia com essa tendência mundial, inúmeras iniciativas emanam de organismos e organizações de natureza diversa, que se apresentam como ferramentas estruturais de engajamento dos *stakeholders*, com vista à promoção e implementação da RSE. Essas ferramentas aparecem algumas vezes de maneira simples como um guia pedagógico que explica conceitos e sugere caminhos para as empresas se tornarem socialmente responsáveis.

Na Argentina, por exemplo, tem-se como guia o IARSE (Instituto Argentino de Responsabilidade Social Empresarial), criado em 2002, com a missão de: “promover y difundir el concepto y la práctica de la Responsabilidad Social Empresaria, para impulsar el desarrollo sustentable de Argentina” (IARSE, 2010, disponível em: www.iarse.org).

Na Bolívia foi criado, em 2004, o COBORSE (Conselho Boliviano de Responsabilidade Empresarial), com a missão de: “Consolidar, impulsar y gestio-

nar una Red de actores de cambio que aporten a la construcción de una sociedad más justa y sostenible, a través de la difusión e integración de la responsabilidad social y de los principios del Pacto Global en los tres sectores” (COBORSE, 2010, disponível em: www.coborse.org/mision_es.html).

No Chile foi fundada, em maio de 2000, a Acción Empresarial (ACCIÓN) para promover a responsabilidade social das empresas que operam no país. É uma organização sem fins lucrativos que tem por objetivo fornecer ferramentas que permitam a auto-avaliação da empresa e a comparação com outros setores para que estas possam aprimorar práticas de responsabilidade social. Tal avaliação é feita por meio de questionário que divide as perguntas entre cinco itens, quais sejam: ética empresarial, qualidade de vida no trabalho, meio ambiente, compromisso com a comunidade e marketing responsável (ACCIÓN, 2010, disponível em: www.accionrese.cl).

Na Colômbia tem-se o Sistema de Gestão de Responsabilidade Integral (SGRI), adotado em 1994, com o objetivo de auxiliar os membros no implemento de seus princípios diretivos e códigos de praticas gerenciais combinados em perfeita harmonia com outros sistemas de gestão, como a ISO 9000, ISO 14000, BASC, entre outros. Tem por princípio diretivo orientar as empresas a continuamente melhorar seu desempenho na proteção das pessoas e do meio ambiente, bem como incentivá-las a contribuir para o desenvolvimento das comunidades locais e da sociedade em geral. (SGRI, 2010, disponível em: www.responsabilidadintegral.org).

Outro modo de impulsionar a prática da RSE é por meio da divulgação de pesquisas que avaliam o grau de comprometimento das empresas com seus diversos públicos (*stakeholders*). A divulgação das empresas, que mais se destacam, acarreta um *plus* na imagem destas frente à opinião pública, e, por consequência, retorno financeiro. Fator crucial que estimula outras empresas a adotarem estratégias semelhantes.

Exemplo recente, no âmbito nacional, deu-se com a pesquisa desenvolvida pelo *Great Place to Work*⁶. Este avaliou quais seriam as melhores empresas para trabalhar no Brasil. O resultado foi veiculado no sítio eletrônico do *Great Place* e publicado, em 22 de agosto de 2010, na Revista Época, atingindo grande número de leitores.

Tabela 3: Ranking das melhores empresas para se trabalhar no Brasil

Ranking	Empresas	Nº de empregados
1º	Google Brasil	203
2º	KIMBERLY-CLARK BRASIL	2790

⁶ Empresa, que atua em âmbito mundial, especializada em pesquisas acerca da gestão empresarial no ambiente de trabalho. Para saber mais sobre a pelo *Great Place to Work*, consulte <http://www.greatplacetowork.com.br>.

3°	LABORATORIO SABIN	854
4°	CATERPILLAR BRASIL	3905
5°	CHEMTECH	1204
6°	ACCOR	6764
7°	MAGAZINE LUIZA	13275
8°	FUNDACAO FIAT	173
9°	ZANZINI MOVEIS	303
10°	PORMADE PORTAS	280

Fonte: Great Place to Work (disponível em: <http://www.greatplacetowork.com.br>).

Na esfera local, por meio de uma iniciativa da Bolsa de Valores do Ceará, do jornal O Povo e das Federações da Indústria (FIEC) e do Comércio (FAEC), criou-se, no Ceará, o prêmio Delmiro Gouveia. Por intermédio dessa iniciativa, em 2009, foi divulgada uma lista de indicadores financeiros que, após serem aplicados em várias empresas, possibilitou a indicação das melhores empresas do Estado para se trabalhar. Elenca-se na tabela 5 o ranking das dez primeiras.

Tabela 4: Maiores empresas do Ceará (2009)

EMPRESAS/ RANKING	Faturamento líquido ajustado em R\$ 1,00	Geração de imposto em R\$ 1,00	Quantidade de empregados
COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ	1.989.931.637,23	871.964.000,00	1.278
M. DIAS BRANCO S/A	1.517.485.233,76	140.510.408,58	6.972
J MACÊDO S/A	1.321.066.036,60	241.644.000,00	2.500
NORSA REFRIGERANTES LTDA	891.313.768,99	122.539.704,52	3.623
EIT – EMPRESA INDUSTRIAL TÉCNICA S/A	795.270.298,27	75.139.858,30	4.665
COMPANHIA DE ÁGUA E ESGOTO DO CEARÁ	472.436.324,38	65.474.000,00	1.334
GRENDENE S.A.	1.326.720.845,56	150.744.000,00	20.000
VICUNHA TÊXTIL S/A	1.147.604.096,33	139.688.000,00	11.404

UNIMED DE FORTALEZA COOP DE TRAB MÉDICO LTDA	636.516.810,97	9.804.909,05	1.732
EMPREENHIMENTO PA- GUE MENOS S/A	1.558.619.968,16	255.800.000,00	7.974

Fonte: Instituto de Desenvolvimento Industrial (INDI)

Segundo o presidente da FIEC, Jorge Parente Frota Júnior, em solenidade de premiação, a iniciativa teve por objetivo incentivar o setor produtivo na busca permanente pela eficiência e pela modernidade. A premiação também contemplou as empresas que possuíram melhor desempenho social, no ano de 2009. A análise utilizou como indicadores: salários e investimentos sociais com o público interno e externo, entre outros.

Tabela 5: Empresas cearenses com melhor desempenho social acima de 60 milhões

RANKING	RAZÃO SOCIAL	INVESTIMEN- TO SOCIAL/ PÚBLICO INTERNO (em R\$ 1,00)	INVESTIMEN- TOS SOCIAIS / SOCIEDADE EM GERAL (em R\$ 1,00)	% MULHERES EM CARGOS DE CHEFIA
1°	UNIMED DE FORTALEZA COOP. DE TRAB. MÉDI- CO LTDA	18.982.523,56	16.037.903,58	68
2°	CONSTRU. MARQUISE S/A	6.354.108,84	7.629.231,86	4,6
3°	HAP VIDA ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA	4.632.838,00	4.847.311,00	61
4°	EXPRESSO GUANABARA	5.176.255,03	3.687.101,19	14,3
5°	SERVIS SEGU- RANÇA LTDA	9.703.366,65	1.416.876,83	42,8

Fonte: Instituto de Desenvolvimento Industrial (INDI)

Frente a esses indicadores, percebe-se que todas as cinco empresas que se destacaram quanto ao desempenho social atuam em áreas de prestação de serviços. Tal fato é indicativo de que se faz necessária uma atuação mais incisiva em

outros setores de atividades como forma de incentivá-los a adotar uma conduta voltada para a RSE. Observa-se também que tais empresas, de uma maneira geral, possuem, em porcentagem razoável, mulheres ocupando cargos de chefia, o que demonstra uma sensibilidade na dessas empresas quanto ao apoio às minorias, questão inserida no âmbito dos direitos humanos, tido como um dos pontos fundamentais da RSE.

8. NORMAS E CERTIFICAÇÕES

As normas e certificações são ferramentas de auxílio na implementação e consolidação da RSE. Consubstanciam-se em verdadeiros sistemas de gerenciamento, pois traçam princípios diretivos que se aplicam às diversas áreas de atuação da empresa.

A Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), representante da ISO no Brasil, define norma como “Documento estabelecido por consenso e aprovado por um organismo reconhecido, que fornece, para uso comum e repetitivo, regras, diretrizes ou características para atividades ou seus resultados, visando à obtenção de um grau ótimo de ordenação em um dado contexto” (ABNT, 2011, disponível em: www.abnt.org.br).

Oliveira Puppim (2008) informa que as certificações são criadas por organismos governamentais ou não-governamentais e consistem em se atestar publicamente e por escrito que determinado produto ou serviço atende a requisitos específicos.

Desde a década de 1990, inúmeras normas e certificações que versam sobre a RSE foram criadas, dentre as quais se destacam:

A) SA 8000

Considerada a primeira iniciativa para avaliar a RSE em âmbito global. Foi criada em 1997, pela *Social Accountability International* (SAI), no auge das denúncias do caso Nike. Trata-se de um padrão de certificação baseado nas normas da OIT, da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança. (SAI, 2011, disponível em: <http://www.sa-intl.org/>). Volta-se para as condições dos trabalhadores, como limite de horas de trabalho, proibição do trabalho infantil, forçado ou escravo, salários justos, entre outros.

B) AccountAbility 1000 (AA 1000)

Criada em 1999, traça diretrizes para a gestão com os *stakeholders*, definindo as melhores práticas para prestação de contas. Segundo o Instituto Ethos (2011, disponível em: <http://1.ethos.org.br>), ela foi formulada para:

[...] auxiliar empresas, acionistas, auditores, consultores e organizações certificadoras, ela pode ser usada isoladamente ou em conjunto com outros padrões

de prestação de contas, como a Global Report Initiative (GRI), e normas padrões como as ISO e a SA 8000. A AA 1000 apresenta os principais tópicos ligados à responsabilidade social. Uma das mais importantes contribuições desta norma são os processos e definições que dão suporte à prática da responsabilidade social empresarial

C) OHSAS 18000 (*Occupation Health and Safety Assessment Series*)

Entrou em vigor em 1999, cuida da redução dos riscos decorrentes do trabalho, objetivando a melhoria das condições de saúde e segurança no trabalho.

D) NBR 16001

Desenvolvida pela ABNT, é a norma brasileira de responsabilidade social. Estabelece os requisitos mínimos para criação e operação de um sistema de gestão de responsabilidade social, conciliando compromissos éticos, promoção da cidadania, desenvolvimento sustentável e transparência das suas atividades (BARBIERI; CAJAZEIRA, 2009).

E) ISO 26000

É a norma internacional que estabelece as diretrizes para prática da responsabilidade social empresarial. Está destinada a todo tipo de organização, independente do porte e da natureza das atividades. Um dos objetivos da norma é harmonizar e uniformizar o entendimento da RSE, promovendo uma compreensão comum. Conforme estabelece a minuta que antecedeu a publicação da norma (ISO/DIS 26000, 2011, disponível em: <http://www.iso26000qsp.org/>):

A característica essencial da responsabilidade social é o desejo da organização de incorporar considerações socioambientais em seus processos decisórios e se responsabilizar pelos impactos de suas decisões e atividades na sociedade e no meio ambiente. Isso implica um comportamento transparente e ético que contribua para o desenvolvimento sustentável, leve em conta os interesses das partes interessadas, esteja em conformidade com as leis aplicáveis e seja consistente com as normas internacionais de comportamento, que esteja integrado em toda a organização e seja praticado em suas relações.

A ISO 26000 apresenta, de forma didática, os sete princípios que as empresas devem seguir na gestão de suas atividades:

1. Prestar contas e assumir a responsabilidade pelo seu impacto
2. Transparência
3. Comportamento ético
4. Respeito pelos interesses das partes interessadas
5. Respeito pelo estado de direito
6. Respeito pelas normas internacionais de comportamento
7. Respeito pelos direitos humanos

As normas e certificações acerca da RSE refletem um conjunto de diretrizes e princípios mundialmente aceitos. Nesse aspecto, pode-se afirmar que harmonizam interesses e opiniões diversas, com vista a um único fim: efetivar a prática de uma gestão empresarial baseada na ética, transparência, preocupação com seus *stakeholders*, utilização racional dos recursos, promovendo, por fim, o desenvolvimento sustentável.

CONCLUSÃO

Durante os anos de 2009 até 2011, esforços foram dedicados para analisar a crise econômica de 2008 e a possível conciliação entre os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, fundamentos da República Federativa do Brasil, dispostos no art.1º da Constituição brasileira de 1988. Observa-se que persiste a incongruência entre esses termos acima citados, assim como existe relação antagonica entre os princípios da liberdade e da igualdade, uma vez esquecido o terceiro princípio, aquele da fraternidade.

O século XX enalteceu o individualismo, a democracia e o liberalismo econômico. Fez crer que o processo de globalização cultural, econômica e social consolidaria o Estado de bem estar social. Nesse diapasão, o termo cidadão não corresponde mais à responsabilidade e cuidados para com o local de nascimento, de crescimento, as cidades. Fala-se em cidadão global, em um mundo plano. Esse processo de mundialização trouxe consigo as empresas transnacionais, elas efetivariam os direitos humanos e sociais, por meio do acesso ao emprego e à renda. Constata-se, em 2012, a frustração com esse modelo que fragiliza o Estado - Nação, haja vista o descompasso entre a economia global e aquela local, a desigualdade entre o crescimento econômico e o desenvolvimento humano.

A análise apresentada buscou responder até quando as empresas conciliam seus interesses de lucro com os interesses dos seus funcionários, investigou se em época de crise econômica, até que ponto é possível falar-se em responsabilidade social das empresas diante do processo de sustentabilidade humana, econômica, ecológica e social; ponderou para o fato de que o retorno ao Estado Interventor não é a solução para a diminuição das desigualdades sociais, mas um Estado Regulador deve-se fazer presente; constatou que o setor produtivo nem sempre atua no cenário da liberdade, movido pelo compromisso de buscar a eficiência com a sustentabilidade, a racionalidade com a humanidade; enalteceu a ação dos atores da geopolítica do século XXI que passaram a serem denominados de *stakeholders*.

Conciliar os valores sociais do trabalho, Estado Social, com a livre iniciativa, Estado Liberal, tem levado a Constituição de 1988 a ser chamada de constituição dirigente de um dos países de maior índice de desigualdade econômica e social: o Brasil, segundo os dados de 2012, o texto indicou que o Brasil ocupa a 6ª posição mundial no ranking de crescimento econômico e o 84º no

índice de desenvolvimento humano da ONU.

Do Estado Liberal do século XIX ao Estado Social do início do século XX, passando pelas versões de neoliberalismo, e de neossocialismo do final do século XX, chega-se ao século XXI com a ideia de um Estado de Responsabilidade Social, este capaz de garantir fins republicanos por meios democráticos, detentor de capital humano participativo, oriundo do acesso à educação e de capital social pela ação conjunta dos *stakeholders*, a favor do equilíbrio entre a captação de matéria prima, meios de produção, pagamentos de salários, venda e consumo conscientes.

Muitos são os regulamentos internacionais e nacionais que perpassam a Organização Internacional para a Padronização - ISO, os congressos, as leis, mas o maior agente é o fortalecimento do escopo das instituições que cobram a responsabilidade social das empresas e que boicotam por meio do consumo responsável aquelas que não preservam o interesse coletivo. Afinal, ninguém quer ser cúmplice do trabalho escravo ou infantil, da destruição ou poluição das florestas, da exploração do trabalho da mulher sem igual remuneração ao trabalho do homem, do desrespeito às leis trabalhistas, dentre outros quesitos.

Do exposto, restou claro que a sociedade, de modo crescente, toma consciência do poder das empresas e dos impactos que suas atividades acarretam nas esferas políticas, econômicas, sociais e ambientais. Nesse sentido, não basta o cumprimento das leis, a sociedade exige das empresas a adoção de um modelo pautado em valores éticos e morais, fundados na valorização do trabalho, no uso racional dos recursos naturais, na transparência de suas ações e relações, na preocupação com seus diversos públicos e com seu entorno.

Em resposta a essas demandas, desponta a Responsabilidade Social Empresarial que se apresenta como instrumento de promoção do desenvolvimento baseado na sustentabilidade socioambiental e leva em consideração as diversas partes interessadas (*stakeholders*). Portanto, auxilia a reduzir as desigualdades sociais, por meio da oferta de trabalho e renda, bem como pela adoção de condutas que promovem o bem-estar humano, a capacitação profissional e, por conseguinte, a inclusão social.

REFERÊNCIAS

ACCIÓN. *Acerca de Acción RSE*. Disponível em: www.accionrese.cl. Acessado em: 13.10.2010.

ALESSIO, Rosemeri. *Responsabilidade social das empresas: reprodução de postura ou novos rumos?* Porto Alegre: Edipucrs, 2008.

ALIGLERI A., ALIGLERI L., KUGLIANKAS I. *Gestão socioambiental: responsabilidade e sustentabilidade do negócio*. São Paulo: Atlas, 2009.

ASHLEY, Patricia Almeida. *A mudança histórica do conceito de responsabilidade social*

empresarial. In: ASHLEY, Patricia A. *Ética e responsabilidade social nos negócios*. 2. ed. São Paulo, 2005.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *O que é norma?* Disponível em: <http://www.abnt.org.br/>. Acesso em: 08.08.2011.

BADARACCO, Joe. *The Corporation*. Disponível em: <http://video.google.com.br/video-play?docid=1536249927801582119&hl=pt-BR#>. Acesso em: 14.09.2011.

BARBIERI J. C., CAJAZEIRA J. E. *Responsabilidade empresarial e empresa sustentável: da teoria à prática*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Lei 6404/76. *Lei das Sociedades Anônimas*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

BRASIL. Ministério da Fazenda. *Responsabilidade social corporativa: diretrizes da OCDE para empresas multinacionais*. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/sain/pcnmulti/diretrizes.asp>. Acesso em: 13.09.2011.

CENTRO DE MÍDIA INDEPENDENTE. Fotos da manifestação contra a Benetton. Disponível em: <http://www.midiaindependente.org>. Acesso em: 22.10.2010.

COBORSE. Misión y Visión. Disponível em: http://www.coborse.org/mision_es.html. Acesso em: 18.10.2010.

GREAT PLACE TO WORK. *2010 Melhores empresas para trabalhar no Brasil*. Disponível em: <http://www.greatplacetowork.com.br/best/list-br-2010.htm>. Acesso em: 10.02.2011.

GOMES, Adriano; MORETTI, Sérgio. *A responsabilidade e o social: uma discussão sobre o papel das empresas*. São Paulo: Saraiva, 2007.

INSTITUTO ARGENTINO DE RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL. Quiénes somos. Disponível em: www.iarse.org. Acesso em: 20.10.2010.

INSTITUTO ETHOS. *O que é RSE*. Disponível em: <http://www1.ethos.org.br>. Acesso em: 14.10.2011.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO). Diretrizes sobre responsabilidade social. MINUTA DE NORMA INTERNACIONAL ISO/DIS 26000. Disponível em: <http://www.iso26000qsp.org/>. Acesso em: 12.09.2011.

KARKOTLI, Gilson. *Responsabilidade social empresarial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

KRAEMER, M. E.P. *Responsabilidade social corporativa como estratégia para o desenvolvimento sustentável*. Disponível em: <http://www.tvjustica.jus.br/grade.php>. Acesso em: 20.09.2011.

MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários indivi-*

duais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MATTIOLI, Maria Cristina. *Responsabilidade social da empresa e comunicação*. Centro de Estudos Internacionais. Cambridge: London school of Economics and Political Sciences, 2003. (Artigo impresso).

NEPOMUCENO, Bricia Vieira. *Sustentabilidade, mercados e empresas: estudo sobre a responsabilidade social empresarial e a efetivação dos direitos sociais*. Fortaleza, UNIFOR, 66p. Monografia. Universidade de Fortaleza, 2010.

NETO, Francisco Paulo de Melo; FROÉS, César. *Gestão da responsabilidade social corporativa: o caso brasileiro*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2001.

OLIVEIRA, José Antonio Puppim de. *Empresas na sociedade: sustentabilidade e responsabilidade social*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento - PNUD. Disponível em: <http://www.pnud.org.br>. Acessado em: 04.08.2010.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. OIT no Brasil. Disponível em: <http://www.oit.org.br/content/oit-no-brasil>. Acessado em: 20.09.2011.

PETA. PETA *Halts Campaign Against Benetton*. As the Retail Giant Pledges Support for More Humane Wool Brand. Disponível em: <http://www.peta.org>. Acesso em: 25.10.2010.

SAVITZ, Andrew W. *A empresa sustentável*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SGRI. *Principios básicos globales*. Disponível em: www.responsabilidadintegral.org. Acesso em: 19.10.2010.

SOCIAL ACCOUNTABILITY INTERNATIONAL (SAI). About SA 8000. Disponível em: <http://www.sa-intl.org>. Acessado em: 10.09.2011.

STARKE, Linda. As cinco etapas da evolução moral da empresa. In: RAY, Michael; RINZLER, Alan (Org.). *O novo paradigma nos negócios*. Trad. Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Cultrix, 1999..

TELES, Giovanna Filomena Silveira. A função social da empresa. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*. 14 ed. nov. 2008. Disponível em: <http://direito.newtonpaiva.br/revistadireito/>. Acessado em: 17.09.2010.

VENTURA, Elvira C.F. *Responsabilidade social em instituições financeiras: a institucionalização da prática nos bancos no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.



2

SUSTENTABILIDADE: ENTRE A PRÁTICA E A ESTRATÉGIA EMPRESARIAL PARA UM NOVO PADRÃO DE DESENVOLVIMENTO

CLERILEI BIER

Professora titular na ESAG da Udesc.

ANDREIA SILVA DA ROSA DE AMORIM

Mestre em Administração (ESAG-Udesc).

SUMÁRIO: Introdução. 1. Entendimentos sobre Desenvolvimento Sustentável. 2. Os caminhos da Responsabilidade Social. 3. A sustentabilidade empresarial. 4. Quando os caminhos da Sustentabilidade se cruzam com a Estratégia Empresarial. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Na medida em que as “regras do jogo” de sobrevivência e vida na terra estão se alterando, surge a necessidade de novos referenciais para o estabelecimento das relações sociais, dentro de outra perspectiva de desenvolvimento, que se apresenta como emergente e que desafia o modo de pensar e agir de pessoas e organizações, principalmente por considerar a existência de diferentes níveis de realidade e por defender que o ser humano é parte integrante da natureza, contestando a perspectiva de dominação e superioridade do ser humano.

Dentro desse contexto, emerge a necessidade de análise sobre modelos de desenvolvimento, uma vez que, de acordo com Scotto, Carvalho e Guimarães (2008), diversos sinais e indícios do “mau” funcionamento do padrão cartesiano de desenvolvimento, estão cada vez mais em evidência, como por exemplo: a crescente tomada de consciência da crise ecológica, somada a constatação de que não se pode mais entender o desenvolvimento como sinônimo de crescimento econômico exclusivamente, o que promove exposição da exploração ilimitada de bens ambientais e a insustentabilidade social por ele gerado.

A constatação de que os recursos naturais não são inesgotáveis e que, não é possível continuar com o crescimento econômico sem considerar a variável meio ambiente e sociedade, abre frente para a busca de novas soluções alternativas para o sistema produtivo, como o conceito de Desenvolvimento Sustentável, que defende a preservação de recursos ambientais e culturais para gerações futu-

ras, respeitando a diversidade e promovendo a redução das desigualdades sociais.

Diversos esforços em prol da confirmação de existência de um paradigma científico e de sociedade emergente tomaram consistência ao longo das décadas, tendo sua intensidade aumentada a partir da década de 1940, por influência das discussões sobre o desgaste dos recursos ambientais tendo um marco significativo em 1987, com o lançamento do *Relatório Nosso Futuro Comum*, organizado pela Comissão de Brundtland e apresentado a ONU, que oficializou e tornou de amplo conhecimento o conceito de Desenvolvimento Sustentável.

No entanto, apesar do conceito ter sido estabelecido neste documento, a discussão sobre suas intencionalidades ou mesmo sobre suas propostas está passando por seu momento de grande efervescência, no que se refere a sua consolidação e mesmo sobre o processo de transição entre teoria e prática efetiva. Nessa perspectiva, autores como Sachs (2008), Layrargues (1993), Rattner (2000; 2005) e Leroy e Acselard (2000) propõem reflexões alertando sobre a possibilidade emitente de provocar uma real mudança na perspectiva paradigmática de desenvolvimento, como também sobre a possibilidade tendenciosa de perpetuação do modelo de economia neoclássica, agora maquiado com “tons de verde”, permanecendo o entendimento de que os problemas ambientais são externalidades a serem absorvidas pela sociedade indiscriminadamente, além da manutenção e perpetuação das relações de dependência internacional entre países e anulação das forças do Estado, dando continuidade e manutenção de padrões de consumo atuais.

As discussões sobre essas duas possibilidades (manutenção e ajuste do *status quo* ou mudança real e significativa de paradigma) permeiam todo arcabouço teórico ora proposto, considerando a mudança paradigmática possível e necessária, posicionando nesse contexto, as discussões sobre o papel e reais influências do sistema econômico, onde o mercado deve ser visto como apenas mais uma das dimensões de qualquer projeto de sociedade (LEROY E ACSELARD, 2000).

Neste sentido, este artigo objetiva fazer um resgate histórico multilateral sobre os temas desenvolvimento sustentável, responsabilidade social, sustentabilidade e estratégia empresarial, trazendo referências de diversas ciências e áreas do conhecimento, debatendo sobre o papel das empresas e suas estratégias, nesse novo contexto de desenvolvimento. Para isso, inicialmente apresentam-se os fundamentos conceituais do Desenvolvimento Sustentável, a evolução do entendimento sobre responsabilidade social, o surgimento da Sustentabilidade Empresarial e por último sugere-se uma reflexão sobre a relação entre as estratégias e a sustentabilidade empresarial.

2. ENTENDIMENTOS SOBRE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A consciência da crise ecológica que começou a ser fortemente discutida no início da década de 70, somado a constatação de que o desenvolvimento como sinônimo de crescimento econômico era uma visão fracassada na solução dos problemas globais, evidenciando a exploração ilimitada dos bens ambientais e a insustentabilidade social e ambiental por ele gerado, provocou uma nova onda de discussões sobre o conceito e modelo de desenvolvimento (SCOTTO, CARVALHO e GUIMARÃES, 2008).

Ou seja, há de se registrar, que a os indícios da falência do modelo desenvolvimentista e a crescente percepção da crise ambiental estão levando, tanto a propostas que buscam os caminhos de superação do modelo econômico atual, como também a iniciativas que vão no sentido de uma reformulação dentro dos marcos da lógica capitalista que o gerou, o que sugere o merecido cuidado em relação às origens e intenções, questão essa que será retomada em uma discussão posterior.

As críticas de conteúdo social e principalmente ambiental aos modelos de crescimento econômico do capitalismo contemporâneo convergiram, nas últimas décadas, para a formulação de uma nova alternativa de desenvolvimento, que segundo a classificação de Veiga (2008), parafraseando Ignacy Sachs (2008), também pode ser chamado de “*caminho do meio*” referindo-se ao que a grande maioria dos autores denomina, de Desenvolvimento Sustentável.

Ignacy Sachs, considerado um dos principais teóricos e precursores das discussões sobre desenvolvimento sustentável, afirmou em seu livro publicado pela primeira vez em 2002 no Brasil, denominado *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*, que o paradigma do *caminho do meio* (referindo-se a orientação intermediária encontrada pelo Relatório de Founex e pela Conferência de Estocolmo) preconiza que sendo ainda necessário o crescimento econômico,

ele deveria ser socialmente receptivo e implementado por métodos favoráveis ao meio ambiente, em vez de favorecer a incorporação predatória do capital da natureza ao PIB. [...] Que este modelo trata de um *outro desenvolvimento*, endógeno (em oposição à transposição mimética de paradigmas alienígenas), auto-suficiente (em vez de dependente), orientado para as necessidades (em lugar de direcionado pelo mercado), em harmonia com a natureza e aberto às mudanças institucionais” (SACHS, 2008, pp.52-54).

De modo complementar, Montibeller-Filho (2008), citando Thomas Kuhn, afirma que o desenvolvimento sustentável surge na ciência como o paradigma, na concepção kuhniana de padrão normativo, “capaz de expressar a essência dos complexos fenômenos sociais da atualidade, em resposta à crise paradigmática da ciência até então estabelecida, cujas teorias não respondem à complexidade referida” (MONTIBELLER-FILHO, 2008, p.24),.

Para o autor, o novo paradigma de desenvolvimento está sendo constituído em decorrência de quatro fatores principais:

1. da insatisfação de alguns cientistas e pesquisadores, sobre tudo das áreas de ciências sociais e humanas;
2. do processo de conscientização, por segmentos sociais e da intelectualidade;
da progressiva deteriorização das condições objetivas de existência da maior parte da população; e
3. da crescente pressão de degradação ambiental.

A discussão sobre a estrutura conceitual de Desenvolvimento Sustentável está em seu momento de efervescência no que se refere a sua consolidação, onde muitos autores, sobre diversas influências, discutem e rediscutem conceitos proclamados oficialmente ou mesmo formulam e defendem seus próprios conceitos. Um bom exemplo dessa efervescência é apresentado por Baroni (1992) que buscando referências diversas, apresenta 11 definições para o conceito.

Tomamos nesse momento a referência conceitual internacional apresentada em 1987 pelo Relatório Nosso Futuro Comum (Comissão de Brundtland), que exerceu papel decisivo na divulgação do conceito de Desenvolvimento Sustentável, reconhecendo-o oficialmente como:

Um novo tipo de desenvolvimento capaz de manter o progresso humano, não apenas em alguns lugares e por alguns anos, mas em todo o planeta e até um futuro longínquo. [...] O desenvolvimento sustentável é aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a capacidade de as gerações futuras atenderem suas próprias necessidades. [...] em essência, o desenvolvimento sustentável é um processo de transformação no qual a exploração de recursos, a direção dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional se harmonizam e reforçam o potencial presente e futuro, a fim de atender às necessidades e aspirações humanas (CMMAD, 1991, pp. 04, 46 e 49).

Neste contexto, o Relatório Nosso Futuro Comum, parte do princípio que os modelos atuais de desenvolvimento dos países do Norte e do Sul são inviáveis, pois ambos sugerem padrões de crescimento econômico, não sustentáveis a médio e longo prazo, tendo a proposta audaciosa de ser uma resposta, apontando o caminho para a reconciliação entre crescimento econômico, superação da pobreza e a necessidade premente de reconhecer os limites ambientais (SCOTTO, CARVALHO e GUIMARÃES, 2008).

De modo complementar e enfático, Sachs (2008b) afirma que o desenvolvimento sustentável obedece a um duplo imperativo ético: o de solidariedade com as gerações presentes e futuras, exigindo essencialmente a explicitação de critérios de sustentabilidade social e ambiental e de viabilidade econômica. “Es-

tritamente falando, apenas as soluções que considerem estes três elementos, isto é, que promovam o crescimento econômico com impactos positivos em termos sociais e ambientais, merecem a denominação de desenvolvimento” (SACHS, 2008b, p.36).

3. OS CAMINHOS DA RESPONSABILIDADE SOCIAL

Todos os fatos e acontecimentos descritos até então promoveram e estimularam a evolução conceitual da responsabilidade social e sua relação com o papel das empresas no contexto e na promoção do desenvolvimento. Alguns autores criaram classificações, reunindo os blocos ou grupos teóricos. No presente trabalho, tomou-se como referência a titulação proposta por Farias e Sauerbronn (2008), que analisa a existência de três blocos conceituais, acrescentando algumas reflexões sobre o potencial surgimento de um quarto bloco conceitual, conforme será apresentado a seguir.

a) O primeiro bloco conceitual

O primeiro bloco remete-se as origens de formulação do conceito de responsabilidade social empresarial, onde era entendida como um ato benevolente e onipotente e sem preocupações mais aprofundadas com metas de equidade e equilíbrio social, onde o imperativo era a ética empresarial (escola teórica *Business Ethics*) que trazia uma *abordagem normativa* onde as atividades empresariais estavam sujeitas ao julgamento moral. Conforme bem resumiu Farias e Sauerbronn (2008), os pesquisadores adeptos dessa linha abordavam aspectos relacionados ao desenvolvimento moral cognitivo, dilemas éticos e modelos de gerência ética, onde as questões são analisadas nos níveis sistêmico, organizacional e individual.

No sistêmico, discute-se o sistema econômico e as relações entre ética e negócios por meio de aspectos institucionais, culturais e ideológicos. No organizacional, são analisadas as políticas, os valores e as práticas de empresas. No individual, são estudados os comportamentos e valores dos indivíduos (FARIAS E SAUERBRONN, 2008, p.29).

De modo resumido, as características desse primeiro bloco conceitual são:

Evolução conceitual da responsabilidade social empresarial
<p>Primeiro Bloco</p> <p>Escola teórica - <i>Business Ethics</i></p> <p>Abordagem - Abordagem normativa - julgamento moral</p> <p>Perspectiva - Vê as empresas como agentes morais e portadoras de uma ética</p>

Quadro 1 – Primeiro Bloco conceitual da responsabilidade social empresarial

Fonte: baseado em: FARIA E SAUERBRONN, (2008) BOWEN, (1957); VOTAW, (1973); BATEMAN E SNELL, (1998).

b) O segundo bloco conceitual

No segundo bloco, a idéia de responsabilidade social, além das obrigações legais e econômicas, passa a agregar a idéia de obrigações e responsabilidades para com a sociedade, sob o imperativo ético onde essa sociedade começa a ser compreendida como um grupo de parceiros da empresa ou *stakeholders*. Gomes e Moretti (2008), discutindo sob a perspectiva da ética empresarial, associaram essa idéia à escola teórica *Business & Society*. Para Faria e Sauerbronn (2008) a idéia pode ser também chamada de *abordagem social ou contratual*, onde a responsabilidade social empresarial se baseia na interdependência entre empresas e sociedade e esta é trazida para o primeiro plano, desafiando a abordagem anterior, onde se espera que a sociedade tenha expectativas quanto ao comportamento e aos resultados das corporações.

Os argumentos a favor dessa perspectiva têm nos trabalhos de Carroll, Wartick e Cochran; Donaldson e Dunfee; e Donna J. Wood os principais autores, merecendo um destaque para os estudos de Archie B. Carroll em 1979, que propôs um modelo representado por uma pirâmide contendo as quatro prioridades hierárquicas: na base responsabilidade econômica (ser lucrativo), em seguida a responsabilidade legal (seguir a lei), depois a responsabilidade ética (fazer o justo) e por último a responsabilidade filantrópica (melhorar a qualidade de vida da comunidade), indicando que o processo de RSE – Responsabilidade Social Empresarial – deve ser uma combinação entre responsabilidade, responsividade/resposta (*responsiveness*) social e gerenciamento de questões sociais.

Dentro desse bloco conceitual, Ferrell, Fradrich e Ferrell (2000) detalham e ampliam esse modelo desenvolvido por Carrol, reafirmando que os quatro campos de atuação da responsabilidade social são:

- 1) responsabilidade legal: referindo-se ao cumprimento de normas e leis que estejam em vigor num determinado período e território;
- 2) responsabilidade ética: diz respeito ao comportamento aceitável com relação aos stakeholders, proporcionando informações adicionais aos interessados na companhia;
- 3) responsabilidade econômica,: relacionado a produção de bens e serviços para a sociedade, além da geração de empregos;
- 4) responsabilidade filantrópica: estabelecida nas contribuições feitas pelas empresas para institutos e ONGs que se preocupem com a qualidade de vida e bem-estar da sociedade.

Evoluindo o modelo de Carroll, Wartick e Cochran em 1985, defendia que a responsabilidade deveria ser vista como um princípio, a responsividade como um processo e o gerenciamento das questões sociais como uma política. Outro merecido destaque é para o modelo de desempenho social corporativo, desenvolvido por Donna J. Wood em 1991, que se fundamenta em três princípios e que já sinaliza uma permeabilidade desse segundo bloco conceitual para um terceiro bloco conceitual:

- responsabilidade social corporativa, contendo os quatro domínios de Carroll (econômico, legal, ético e discricionário), operando em três níveis: institucional (legitimidade social, organizacional (responsabilidade pública) e individual (gerencial);
- responsividade/resposta às questões ambientais, públicos interessados e gerenciamento social;
- comportamento e desempenho da organização nas questões sociais. (GOMES E MORETTI, 2008).

Para Gomes e Moretti (2008), ainda dentro da perspectiva desse segundo bloco, a responsabilidade social pode configurar como um dos elementos que serve de eixo entre as empresas e *stakeholders*, já que a palavra responsabilidade significa o ato de dar “respostas”. Dar respostas às demandas sociais, “esse é o ângulo em que as empresas veiculam suas mensagens quando engajadas na proposta da responsabilidade social” (GOMES E MORETTI, 2008, p.06).

De modo resumido, as características desse segundo bloco conceitual são:

Evolução conceitual da responsabilidade social empresarial	
Primeiro Bloco	Segundo Bloco
Escola teórica - <i>Business Ethics</i>	Escola teórica - <i>Business & Society</i>
Abordagem - Abordagem normativa - julgamento moral	Abordagem - abordagem social ou contratual - obrigações e responsabilidades para com a sociedade
Perspectiva - Vê as empresas como agentes morais e portadoras de uma ética	Perspectiva - Visão sistêmica com a participação dos <i>stakeholders</i>

Quadro 2 – Segundo Bloco conceitual da responsabilidade social empresarial

Fonte: baseado em: FARIA E SAUERBRONN, (2008), GOMES E MORETTI, (2008); FERRELL, FRADRICH E FERRELL, (2000)

c) *O terceiro bloco conceitual*

A existência de um terceiro bloco é defendida por Faria e Sauerbronn (2008), apesar de os autores afirmarem que o quadro teórico “não é muito claro e que diferentes abordagens costumam se misturar e usar a mesma terminologia, às vezes com significados distintos” (FARIA DE SAUERBRONN, 2008, p.18). Esse terceiro bloco é representado pela escola teórica *Social Issues Management*, ou Gestão de Temas Sociais, onde o foco principal é a criação de ferramentas de gestão que sejam capazes de melhorar o desempenho social e ético das empresas, aproveitando oportunidades e minimizando riscos. De um modo geral, citando Logsdon e Palmer (1988), Faria e Sauerbronn (2008) afirmam que “essa abordagem se concentra na gestão dos temas sociais que permitam o atendimento aos objetivos estratégicos da organização” (FARIA DE SAUERBRONN, 2008, p. 20), onde o foco está na performance social corporativa (CSP – *corporate social performance*).

Como ícones na discussão e orientação empresarial sobre responsabilidade social (dentro da perspectiva do paradigma utilitarista), Porter e Kramer (2006) consagraram essa perspectiva através de um artigo premiado, afirmando que a responsabilidade social permanece fortemente impregnada como imperativo moral. Os autores “renomeiam” as classificações apresentadas por Carrol (1979) e revisitadas por Ferrell, Fradrich e Ferrell (2000), chamando-as como possíveis justificativas: licença para operar; obrigação moral; sustentabilidade (vista sob a perspectiva unilateral de crescimento econômico) e reputação.

Seguindo uma *abordagem prescritiva e instrumental*, reafirmam a idéia da interdependência entre sociedade e empresa, afirmando que “a mútua dependência entre as corporações e a sociedade implica em decisões de negócios e políticas sociais muito mais ajustadas desde o princípio, gerando valores compar-

tilhados” (PORTER E KRAMER, 2006, p.7) e que a integração entre negócios e necessidades sociais, demanda de um pouco de boa intenção e uma forte liderança. Para os autores, poucas são as empresas que “estão envolvidas em processos de gestão operacional para identificar e priorizar as questões sociais que são relevantes para as operações comerciais e sua importância para o contexto competitivo da companhia” e ainda por fim, prescrevem que “os investimentos em responsabilidade social empresarial devem ser incorporados aos métodos de mensuração da performance da organização bem como no valor proposto” (PORTER e KRAMER, 2006, p.13).

Sobre essa perspectiva gerencialista do terceiro bloco, que continua fundamentada na perspectiva economicista do neoliberalismo, Gomes e Moretti (2008) afirmam de modo reflexivo e incisivo que,

a responsabilidade social, nesse contexto, é uma formação ideológica bastante específica cujo objetivo é inculcar na mente dos agentes econômicos que, diante do fracasso do Estado em promover o bem-estar social, cabe à empresa tomar esta posição, até porque, na atmosfera do neoliberalismo e da globalização, a empresa possui uma competência em gerir e o Estado uma total e absoluta incompetência” (GOMES E MORETTI, 2008, p.10).

Além desse aspecto de superação das funções do Estado, segundo Gomes e Moretti (2008), a responsabilidade social empresarial é uma tônica no discurso, fundamentada nas empresas localizadas no hemisfério norte, localização das matrizes das grandes transnacionais. Dentro dessa perspectiva, a responsabilidade social empresarial “se apresenta como mais uma ‘estratégia corporativa’ que é de fato uma preocupação com a melhoria das condições sociais da sociedade” (GOMES E MORETTI, 2008, p.268), referindo-se a intenção de manutenção e perpetuação do modelo ideológico das economias monetárias tradicionais neoliberalistas.

De modo resumido, as características desse terceiro bloco conceitual são:

Evolução conceitual da responsabilidade social empresarial		
Primeiro Bloco	Segundo Bloco	Terceiro Bloco
Escola teórica - <i>Business Ethics</i>	Escola teórica - <i>Business & Society</i>	Escola teórica - <i>Social Issues Management</i>
Abordagem - Abordagem normativa - julgamento moral	Abordagem - abordagem social ou contratual - obrigações e responsabilidades para com a sociedade	Abordagem - abordagem prescritiva e instrumental - criação de ferramentas de gestão
Perspectiva - Vê as empresas como agentes morais e portadoras de uma ética	Perspectiva - Visão sistêmica com a participação dos <i>stakeholders</i>	Perspectiva - Vê oportunidades estratégicas de negócios no processo

Quadro 3 – Terceiro Bloco conceitual da responsabilidade social empresarial

Fonte: baseado em: FARIA E SAUERBRONN, (2008); FERRELL, FRADRICH E FERRELL (2000); PORTER E KRAMER (2006); GOMES E MORETTI (2008).

d) Fragmentos de um possível quarto bloco conceitual

Arrisca-se dizer que o momento atual é de franca efervescência de novos (ou revisitados) conceitos e que neste processo, surgem outras linhas de pensamento que poderão em um futuro não muito distante, configurar como um quarto bloco conceitual, dentro dessa perspectiva de evolução do conceito de responsabilidade social. Totalmente entrelaçado e influenciado pelas prescrições do terceiro bloco teórico (e porque não dizer de todos os outros), desponta uma visão ampliada sobre as questões relacionadas a crescimento e desenvolvimento fundamentado em uma abordagem sistêmica, complexa e multidisciplinar/transdisciplinar que busca discutir as relações empresariais em um espectro ampliado de poder, influência, de finalidades, de externalidades, de visão de sociedade e visão de mundo (MORIN, 1995; RATTNER, 2005).

De acordo com Boechat e Paro (2007), a expressão Sustentabilidade Corporativa (ou empresarial), representa uma

ênfase na transformação real do papel da empresa na sociedade uma transformação que seja sistêmica, ao invés das mudanças periféricas em operações empresariais, ou do enfoque concentrado em investimento social privado. Isto significaria focar, antes de tudo, no exame dos impactos socioambientais da empresa que se mostrem relevantes junto ao setor e região onde ela opera (BOECHAT E PARO, 2007, p.22).

De modo resumido e “pretensioso”, sugerem-se algumas características desse quarto bloco conceitual:

Evolução conceitual da responsabilidade social empresarial			
Primeiro Bloco	Segundo Bloco	Terceiro Bloco	Quarto Bloco
Escola teórica - <i>Business Ethics</i>	Escola teórica - <i>Business & Society</i>	Escola teórica - <i>Social Issues Management</i>	<i>Escola Teórica - Ainda em formação</i>
Abordagem - Abordagem normativa - julgamento moral	Abordagem - abordagem social ou contratual - obrigações e responsabilidades para com a sociedade	Abordagem - abordagem prescritiva e instrumental - criação de ferramentas de gestão	Abordagem - sistêmica e multidisciplinar
Perspectiva - Vê as empresas como agentes morais e portadoras de uma ética	Perspectiva - Visão sistêmica com a participação dos <i>stakeholders</i>	Perspectiva - Vê oportunidades estratégicas de negócios no processo	Perspectiva – vê o desenvolvimento equilibrado entre social, econômico e ambiental.

Quadro 4 – Quarto Bloco conceitual da responsabilidade social empresarial

Fonte: baseado em: FARIA E SAUERBRONN (2008), BOECHAT E PARO, (2007), SACHS, (1986, 1993, 2008, 2008b); ALMEIDA (2007); JOHN ELKINGTON (2001); MONTIBELLER-FILHO (2008); WBCSD, (2000); CALEMBACH, (1995).

Apenas conferindo ao texto uma conotação didática, consideramos que o conceito de responsabilidade social empresarial sofre outro grande momento de mudança, ao aproximar-se do conceito de desenvolvimento sustentável e para marcar essa transição passaremos a denominá-lo de sustentabilidade empresarial, assim como vem sendo feito por , Boechat e Paro (2007), Almeida (2007), Montibeller-Filho (2008) e Elkington (2001), autores ligados a área de gestão e economia empresarial, entre outros.

4. A SUSTENTABILIDADE EMPRESARIAL

Elkington (2001), ao discutir sobre o canibalismo corporativo, suas consequências e suas formas de se manter como parte intrínseca de qualquer economia competitiva, afirma que o conceito de sustentabilidade “está entrando na linguagem empresarial em diferentes velocidades e em diferentes partes do mundo, com valores atuais e emergentes, agindo como freio, caixa de câmbio ou aceleradores” (ELKINGTON, 2001, p.06).

Atualmente a idéia de sustentabilidade empresarial compartilhada pelas organizações busca o equilíbrio entre as questões sociais, ambientais e econômicas, estando relacionada à extensão do papel empresarial além dos objetivos

econômicos onde as empresas devem assumir o compromisso, tanto de análise dos impactos no meio ambiente, quanto de envolvimento em ações sociais que beneficiem a comunidade do entorno ao empreendimento ou a sociedade em geral, contribuindo para o seu desenvolvimento econômico sob a dimensão do *desenvolvimento sustentável*.

Esta dimensão é que exprime a diferença entre o entendimento conceitual sobre responsabilidade social empresarial que se tinha nas décadas anteriores do atual, uma vez que, de acordo com WBCSD (2000), ter a sustentabilidade empresarial significa adotar estratégias de negócio que atendam as necessidades da organização (dimensão econômica), do ser humano e da comunidade (dimensão social), ao mesmo tempo em que mantêm os recursos naturais (dimensão ambiental) para as próximas gerações.

Elaborando um exercício de interpretação, Elkington (2001), tentando “traduzir” a linguagem do Relatório Nosso Futuro Comum em termos que os empresários pudessem interpretar, citando uma declaração de Herman Daly, economista do Banco Mundial em 1991, afirma que,

uma sociedade sustentável precisa atender a três condições: suas taxas de utilização de recursos renováveis não devem exceder suas taxas de regeneração; suas taxas de uso dos recursos não renováveis não devem exceder a taxa pela qual a renovação sustentável dos substitutos é desenvolvida; suas taxas de emissão de poluentes não devem exceder a capacidade de assimilação do meio ambiente (ELKINGTON, 2001, p.58).

Em uma realidade sustentável, as metas de crescimento econômico devem ser compatibilizadas com as metas de bem-estar humano considerando sempre a moderação do consumo de bens naturais. Sendo assim, a sustentabilidade requer uma visão integrada do mundo, com indicadores multidimensionais que mostrem as inter-relações entre a economia, o meio ambiente e a sociedade.

Sachs (1993) primeiramente estabeleceu cinco dimensões para o desenvolvimento sustentável, que posteriormente foi revista pelo próprio autor, validando a perspectiva tríplice apresentada pelo relatório Nosso Futuro Comum, considerando que as dimensões espacial, cultural e temporal podem ser contempladas na dimensão social.

O autor valida essa abordagem tripartite fundamentada na harmonização dos objetivos sociais, ambientais e econômicos, questão que ficou estabelecida na Agenda 21 construída na Rio – 92 para servir como o plano de aplicação de medidas de sustentabilidade, cujas dimensões todas as organizações humanas devem atentar e se empenhar. A Agenda 21 esclarece que

A fim de que se atinjam os objetivos de qualidade ambiental e desenvolvimento sustentável será necessária eficiência na produção e mudanças nos padrões de consumo para dar prioridade ao uso ótimo dos recursos e à redução do desperdício ao mínimo (CNUMAD, 2000, p.17).

Em relação aos motivos que levam o envolvimento empresarial rumo a sustentabilidade empresarial, Sachs (1986) afirma que a sustentabilidade deve concentrar esforços para harmonização social e objetivos econômicos, com gerenciamento ecológico sadio, num espírito de solidariedade com as futuras gerações, ou seja, o “desenvolvimento sustentável deve ser socialmente desejável, economicamente viável e ecologicamente prudente” (SACHS, 1986, p.113).

Procurando sistematizar as questões discutidas no âmbito do desenvolvimento sustentável, adaptando ao contexto das práticas empresariais, John Elkington sociólogo inglês e um dos fundadores da consultoria *SustainAbility*, criou em 1994 a expressão “*triple bottom line*” (ou Teoria dos Três pilares) também conhecida como os Teoria dos 3 Ps (*People, Planet and Profit*), ou, em português, PPL - Pessoas, Planeta e Lucro conforme representado na figura 1, tendo a idéia de que as empresas devem medir o valor que geram, ou destroem, nas dimensões econômica, social e ambiental propugnando um modelo que leve em conta a qualidade ambiental, a justiça social e o desenvolvimento econômico.

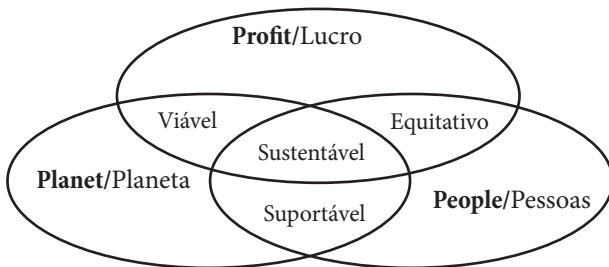


Figura 1 - Representação do triple bottom line

Fonte: Adaptado de ELKINGTON, (2001).

A fundamentação da sustentabilidade empresarial nas dimensões econômica (mais tradicional e conhecida), social e ambiental, busca a legitimidade das organizações para além das conformidades legais (cumprimento de leis), passando a ser fator estratégico para a criação de valor a longo prazo, priorizando tornar público e transparente os seus valores intangíveis, ou seja, seria compreender que é possível cumprir metas simultâneas que garantam o lucro, preservem o planeta e as pessoas.

5. QUANDO OS CAMINHOS DA SUSTENTABILIDADE SE CRUZAM COM A ESTRATÉGIA EMPRESARIAL

Fazendo uma busca sobre uma definição conceitual do que venha ser estratégia empresarial, nota-se que tal termo é empregado de várias formas e que sofre influências diretas do contexto temporal em que se encontra a sociedade e o mercado. Múltiplas são as definições, de acordo com diversos autores.

Muitos são os autores que atribuem como origem da estratégia as organizações militares. Ghemawat (*apud* LOBATO *et al*, 2003) afirma que a “estratégia é um termo criado pelos antigos gregos, para os quais significava um magistrado ou comandante-chefe militar” (LOBATO *et al*, 2003, p.15). Outros apontam que a “palavra estratégia, em grego antigo, significa a qualidade e a habilidade do general; ou seja, a capacidade de o comandante organizar e levar a cabo as campanhas militares” (SERRA; TORRES; TORRES, 2004, p.4).

O idioma grego apresenta ainda outras variações como, *strategicós* (o próprio do general chefe), *stratéghema* ou estratagem (ardil de guerra), *stratiá* (expedição militar), *stráutema* (exército em campanha), *stráégion* (tenda do general), dentre outras.

De acordo com Knights e Morgan (1990), a noção de estratégia desapareceu com a Grécia Antiga e foi recuperada pelos generais e pelo corpo militar da Prússia no fim do século XIX, defendendo a tomada de liderança e poder através do conhecimento científico da guerra e não mais por fazer parte da aristocracia dominante. Essa característica dos generais militares profissionais especializados em defender os interesses dos acionistas é que remete a absorção do conceito para o mundo dos negócios, em um momento de mudanças na dominância de classes, onde saíam os proprietários empreendedores e entravam os profissionais da classe média, que no intuito de buscar sua legitimidade, criaram a disciplina estratégia.

Se a estratégia foi a forma criada pelos executivos profissionais, a governança corporativa foi o modelo escolhido para o estabelecimento do relacionamento entre o proprietário empreendedor/ acionista e seus executivos, conforme sinaliza Possas, Soares e Paro (2007), onde a

a governança corporativa se desenvolve como resposta à separação entre propriedade e controle da riqueza industrial e os decorrentes conflitos de interesse, expressos na teoria da agência [...] Do ponto de vista teórico, é apontada a teoria da agência: a necessidade da governança corporativa surge de conflitos de interesses entre os proprietários e os executivos (seus agentes), quando estes privilegiam seus próprios interesses em detrimento dos interesses do acionista (POSSAS, SOARES e PARO, 2007, p.13).

O que inicialmente era utilizado por organizações militares foi incorporado pelo mundo dos negócios a partir da década de 1960, orientado pelo modelo

norte americano de se fazer gestão, em um contexto de Guerra Fria, onde os EUA procuravam se afirmar como potência mundial, levando o modelo de capitalismo gerencial como a referência para todas as economias do mundo (LOBATO *et al.*, 2003).

De acordo com Boyacigiller e Adler (1991) (*apud* WHITTINGTON, 2002), a visão de estratégia nasceu como produto de uma coincidência historicamente peculiar entre a cultura americana do ‘posso fazer’ e o crescimento contínuo, e a ‘*pax americana*’ da década de 1950 e o início da década de 1960. “a estratégia como prática gerencial desenvolveu-se em um contexto de voluntarismo cultural e econômico e de segurança política favorável ao planejamento estratégico de longo prazo” (WHITTINGTON, 2002, p. 34).

De acordo com Faria e Sauerbronn (2008), a área de estratégia se constituiu em meados da década de 60 nos EUA, oriunda da área de Estudos Organizacionais, construindo a idéia de que o princípio fundamental da estratégia é a adaptação da empresa no ambiente externo, representando desde o início a grande empresa e os interesses da elite corporativa.

Nesse contexto Chandler lança em 1963 um trabalho pioneiro para a História Econômica. Um livro de 570 páginas, onde descreveu estudos e análises comparadas sobre as melhores práticas de gestão em grandes empresas norte-americanas, fundamentado essencialmente nas empresas Dupont e General Electric.

Criando a definição “Estrutura segue a Estratégia”, o autor afirma que

A história administrativa contida em dado estudo de caso divide-se em duas partes principais: a criação da estrutura organizacional após o primeiro impulso expansionista ou revitalizador da empresa, e sua reorganização para fazer face às necessidades decorrentes das estratégias de expansão subsequente. (CHANDLER, 1998, p.140).

De acordo com Chandler, estratégia é “a definição dos principais objetivos à longo prazo de uma empresa, bem como a adoção de linhas de ação e a alocação de recursos, tendo em vista esses objetivos” (CHANDLER, 1998, p.136)

A partir de então, discussões sobre o estabelecimento da definição conceitual do que vem a ser estratégia, sempre teve como pano de fundo esse conceito seminal, seja para críticas ou afirmações positivas.

Whittington (2002), contextualizado na Europa no momento de inauguração da União Européia e da queda do Muro de Berlim, tendo outros referenciais socioculturais e aglutinando outro *lócus* que não o anglosaxão de conhecimento e conceitos, buscou organizar as linhas teóricas que discutem uma definição para estratégia, apresentando quatro abordagens genéricas, que se diferem fundamentalmente no entendimento sobre os resultados e sobre os processos pelos quais a estratégia é elaborada, conforme apresentado o modelo e descrição a seguir:



Figura 2 - Linhas teóricas sobre estratégia segundo Whittington

Fonte: WHITTINGTON, (2002).

a) *Abordagem Clássica*: trata estratégia como um processo racional de planejamento, de cálculos deliberados, para maximizar lucros em longo prazo, vital para garantir o futuro.

b) *Abordagem Evolucionária*: espelhando-se pela teoria da evolução biológica das espécies, entende estratégia como algo emergente e não planejado. Um posicionamento imediatista que surge em resposta a uma demanda exclusiva do mercado e que vê como natural a maximização do lucro. Consideram o futuro muito volátil e imprevisível para ser planejado.

c) *Abordagem Processual*: considera que a estratégia é um processo pragmático e emergente de aprendizado, comprometimento e adaptação, considerando possíveis outros resultados além dos lucros. Também questionam o valor do planejamento racional no longo prazo.

d) *Abordagem Sistêmica*: a estratégia é considerada como um processo de cálculos deliberados que surge, e reflete os sistemas sociais em que estão inseridos. Nesta abordagem, assim como na Processual, entende-se que a sociedade tem outros critérios, além do desempenho financeiro, para dar apoio às empresas.

Knights e Morgan (1991), propuseram uma classificação menos frag-

mentada, dividindo entre Escolas de Administração Tracionais e Escolas Modernas, fundamentado na visão de lucro de cada abordagem.

Whittington (2002)	Knights e Morgan (1991)
Abordagem Clássica Abordagem Evolucionária	Escolas de Administração Tradicionais
Abordagem Processual Abordagem Sistêmica	Escolas de Administração Modernas

Quadro 5 - Intersecção entre dois modelos de classificação da abordagem teórica sobre estratégia

Fonte: Baseado em: Whittington (2002); Knights e Morgan (1991)

Whittington (2002) aponta que estamos vivendo o momento da *abordagem sistêmica* de estratégia empresarial, afirmando que em função do crescimento da competição internacional, através de meios globalizantes, a entrada de nações não anglo-saxões no mundo capitalista, a participação de governos e diversas economias mundiais e o confronto entre modelos desgastados de desenvolvimento e necessidades de novas formas de organização, criou-se a necessidade de competição e cooperação entre empresas, em um ambiente onde a história e a sociedade influenciam a estratégia.

Os autores alinhados a essa abordagem, de um modo geral, propõem que

as empresas diferem de acordo com os sistemas sociais e econômicos em que estão inseridas. Elas não são todas perfeitas maximizadoras de lucros, como preferem ser na teoria clássica e não são obrigadas a ser na teoria evolucionária. Nem são apenas organizações particularistas da perspectiva processual, cujas idiosincrasias resultam de limites e acordos. Não visam sistêmica, as normas que orientam as estratégias não derivam tanto de limites cognitivos da psique humana, como das regras culturais da sociedade local. [...] As variáveis da perspectiva sistêmica incluem classe e profissões, nações e estados, famílias e gênero (WHITTINGTON, 2002, p.32).

Corroborando com essa idéia, para Whitley (2004) não há somente uma lógica econômica a ser considerada como a racionalidade única do sistema econômico, em vez disso, há uma variedade de fenômenos e práticas empresariais que resultam em variadas formas organizacionais eficazes. Analisando as formas prevaletentes de negócio no sueste asiático, Whitley (2004) estabeleceu com-

parações e explicitou as diversas variáveis que influenciavam as estratégias empresariais de acordo com a interrelação local das estruturas de mercado, familiar e de Estado, na Coréia do Sul, Japão, Taiwan, e Hong King/China, abrindo espaço para reflexões sobre modelos de gestão diferentes dos padrões anglo-saxões.

A evolução conceitual da responsabilidade social para a sustentabilidade empresarial, como sendo a forma que o setor empresarial participará da nova proposta de desenvolvimento para o planeta, propõe e desafia a discussão sobre as relações empresariais em um espectro ampliado de poder, influência, de finalidades emancipatórias, de externalidades, de visão de sociedade e visão de mundo e se alinha a proposta de uma abordagem sistêmica de estratégia (GOMES e MORETTI, 2008; BOECHAT e PARO, 2007; SACHS, 1986, 1993, 2008, RATTNER, 1999).

Neste sentido, a perspectiva sistêmica da estratégia desafia qualquer universalidade de qualquer modelo estratégico. Os objetivos da estratégia e os modos de formulação dependem das características sociais dos estrategistas e do contexto social dentro do qual eles operam.

De acordo com Gomes e Moretti (2007), os autores americanos que discutem sobre os temas relacionados à abordagem sistêmica de estratégia, estabelecem a diferenciação entre “dois mundos” em que as empresas estão inseridas, ou melhor, duas realidades que coabitam o meio social atual, fazendo uma analogia às concepções ptolomaicas e copernicanas do sistema solar.

As empresas vinculadas a uma lógica industrial seriam as *empresas ptolomaicas*, teriam uma visão de negócio focada no comércio do tipo monopolista e na tentativa de monopolizar a imaginação das pessoas. [...] As tentativas de mudança desse tipo de empresa seriam adaptações e não mudanças reais. Elas somente querem melhorar o que já existe sem mudar sua lógica. Trata-se de obter mais do mesmo e, portanto, nenhuma real mudança se apresenta.

As *empresas copernicanas* seriam as que mudam seus centros de referência e aceitam ter que dividir seu universo comercial com outras prioridades, o que quer dizer, aceitam que uma nova sociedade dos indivíduos requer um novo tipo de relação, tanto na ponta do consumo, quanto na ponta do trabalho (GOMES E MORETTI, 2007, pp.118-119).

Considerando a perspectiva das discussões sobre as relações empresariais, em um espectro ampliado de visão de sociedade e visão de mundo, tanto as propostas que tem a intenção de superar o modelo econômico atual, como as iniciativas que propõe uma reformulação dentro dos marcos da lógica capitalista que o gerou, merecem a devida reflexão sob o ponto de vista da sua intencionalidade.

Se tratarmos as questões de mudança como apenas uma adaptação a atual realidade, mantendo estáveis os fundamentos do modelo dominante de visão de mundo, estaremos apenas propondo dar continuidade aos padrões de vida, consumo e ideologias que estão fundamentadas na *visão ptolomaica* de mundo

como referendam, Gomes e Moretti (2007).

Para Rattner, (1999), a continuidade desse sistema é insustentável do ponto de vista econômico, cultural, ambiental, social, político e certamente, ético e para argumentar essa afirmação explica que,

políticos e executivos corporativos insistem nas vantagens da concorrência em um mercado global. Todos esses discursos ou modelos não explicam os paradoxos que caracterizam a atual situação mundial: o PMB (Produto Mundial Bruto) passou da marca de US\$ 25 trilhões, ao passo que nunca existiram tantas pessoas pobres. O conhecimento e as inovações científicas e tecnológicas ultrapassam nossa imaginação, enquanto nunca existiram tanta ignorância e superstição. Existem comida e bens materiais em abundância para os quase 6 bilhões de habitantes da terra, entretanto, pessoas e animais perecem devido à fome e à desnutrição. Com todo o nosso conhecimento baseado nas ciências naturais, exatas e sociais, somos incapazes de atender ao crescente número de seres humanos que estão se tornando desempregados, sem-teto e espiritualmente alienados (RATTNER, 1999, p. 235).

Para Drucker, (2001), é evidente que a liberdade econômica não leva a igualdade e que agir para obter maior vantagem econômica perdeu o valor social que lhe era atribuído.

Independente do fato de ter passado a fazer parte da verdadeira natureza do homem colocar seus interesses econômicos em primeiro lugar, as massas deixaram de considerar o comportamento econômico como socialmente benéfico em si, visto que é incapaz de gerar igualdade. Portanto, restringir ou abandonar a liberdade econômica é uma atitude aceita ou mesmo bem vinda se, dessa forma, a ameaça de desemprego, o perigo de uma crise econômica ou os riscos de sacrifícios econômicos puderem ser menos iminentes (DRUCKER, 2001, p. 31).

Atualmente, o significado da atuação socialmente responsável das empresas passa pela importante figuração do setor empresarial na redefinição dos atuais paradigmas de desenvolvimento econômico para um novo pacto social que vislumbre o desenvolvimento e crescimento sustentável e que demandará a co-participação e co-produção de bens públicos por diversos parceiros como Estado, empresas e sociedade civil.

De acordo com Boechat e Paro (2007), que apresentaram os resultados de uma pesquisa sobre os desafios para a Sustentabilidade e o Planejamento Estratégico das empresas no Brasil,

é nas principais características de seu negócio principal – sua atividade básica – e nas estratégias desenvolvidas para ter sucesso neste negócio que se encontra a responsabilidade primordial da empresa. Isto porque é nelas que reside a grande força motriz em torno da qual se reunirão esforços e conseqüentes dobramentos em seu sistema de gestão (objetivos, metas, planos de ação, indi-

cadores, mecanismos de recompensa, etc.), e é deles que resulta, no final das contas, o impacto maior da empresa na sociedade. Se essa força motriz aponta para uma direção oposta ao que se considera desejável para a sustentabilidade, pouco efeito fará tentar neutralizá-la com ações compensatórias periféricas (BOECHAT E PARO, 2007, p.13).

Citando o artigo publicado por Whittington et al (2003) no *Journal of Management Inquiry* que apresentou questionamentos rigorosos sobre a aproximação entre a área de estratégia (fundamentada nas teorias clássicas) e a responsabilidade social empresarial, principalmente analisando o caso da “bolha da Enron” formada durante a década de 1990, Faria e Sauerbronn (2008) referiram-se “a necessidade de levar a estratégia a sério” justificando através do argumento de que estratégia é uma prática social que tem efeitos significativos sobre as sociedades; não se limitando a um campo de práticas e conhecimentos restritos às fronteiras da grande corporação, a fim de avançar na direção da sustentabilidade, redefinindo o significado de riqueza e progresso face a uma visão de vida e de sociedade mais integrada e sistêmica, onde como sugere Rattner (1999, p.240). “a vida – individual e social – não pode ser reduzida somente às funções biológicas e de produção-consumo”

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Toda e qualquer iniciativa de trazer esclarecimento sobre as bases conceituais, além da reflexão sobre a aplicabilidade de conceitos como desenvolvimento sustentável, responsabilidade social e sustentabilidade empresarial e todas as demais derivações possíveis, vem para somar aos esforços de consolidar a emergência de um novo paradigma de gestão, orientado para a sustentabilidade não só da organização, mas da sociedade de um modo geral.

Através de uma profunda contextualização histórica e conceitual sobre paradigma de desenvolvimento e, mais especificamente sobre o desenvolvimento sustentável, abordamos a temática da responsabilidade social e, de modo audacioso e seguindo uma tendência recente, sugerimos a diferenciação entre responsabilidade social e sustentabilidade empresarial.

Entendendo que a sustentabilidade empresarial propõe ser a forma como o setor empresarial participará na nova proposta de desenvolvimento do planeta, levando a tomada de consciência por parte da empresa sobre a necessidade de repensar seu papel na sociedade, condição necessária para a compreensão da influência de suas decisões na construção do desenvolvimento sustentável, a essência do presente trabalho está fundamentalmente na contribuição para a consolidação, esclarecimento e questionamento sobre o papel empresarial dentro do contexto da sociedade, em um espectro ampliado de poder, influência, de finalidades emancipatórias e de externalidades, na busca de um modelo mais equilibrado de desenvolvimento.

A esse respeito, corroborando com Possas, Soares e Paro (2007), entendemos que o estabelecimento da profundidade e abrangência das mudanças dentro das organizações, dependerá da reflexão sobre o papel da empresa e do negócio para a sustentabilidade, garantindo “o comprometimento e alinhamento interno (desde a visão, valores, princípios e estratégia) e alinhamento entre a visão e a gestão (papéis, responsabilidades), e entre as diversas atividades e operações da empresa” (POSSAS, SOARES e PARO, 2007, p.46).

Identificamos que a grande maioria dos autores apresentados até então, estão propondo justamente extrapolar os limites dos muros organizacionais construídos por teorias clássicas da administração, possibilitando um novo olhar sobre as relações sociais e econômicas, provocando um repensar do modelo de desenvolvimento adotado até então., Claro que não podemos desconsiderar por completo esse modelo clássico de desenvolvimento, mas revisitá-lo com o olhar de um novo paradigma que de acordo com Gomes e Moretti (2007) e Guerreiro Ramos (1989), que pode ter o nome de paradigma *paraeconômico*, o qual busque romper a centralidade da sociedade nas atividades econômicas que projeta a acumulação material como condição de felicidade para a humanidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando. *Os desafios da sustentabilidade*. 2. Reimp.. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BARONI, Margaret. Ambiguidades e deficiências do conceito de desenvolvimento sustentável. *RAE – Revista de Administração de Empresas*. São Paulo, 32 (2): p. 14-24. abr/jun. 1992. Disponível em: <http://www.rae.com.br/rae/index.cfm?FuseAction=Artigo&ID=835&Secao=ARTIGOS&Volume=32&numero=2&Ano=1992>. Acessado em: 07.06.2009.

BATEMAN, T.; SNELL, S. *Administração: construindo vantagem competitiva*. Rio de Janeiro: Atlas, 1999.

BOECHAT, Cláudio Bruzzi; PARO, Roberta Mokrejs. *Relatório de Pesquisa RP 0702. Desafios para a Sustentabilidade e o Planejamento Estratégico das Empresas no Brasil*. FDC – Fundação Dom Cabral, ano 07, n. 02, set/2007. Disponível em: <http://www.fdc.org.br/pt/pesquisa/sustentabilidade/Paginas/publicacoes.aspx> Acessado em: 27.05.2009.

BOWEN, R. H. *Responsabilidades Sociais dos Homens de Negócios*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1957.

CALLENBACH, Ernest *et al.* *Gerenciamento Ecológico*. São Paulo: Cultrix, 1995.

CHANDLER, A. Introdução a Strategy and Structure. In: McCraw, T. (org.) *Alfred Chandler – ensaios para uma teoria histórica da grande empresa*. Rio de Janeiro: FGV, 1998.

CMMAD - COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVI-

- MENTO. *Relatório Nosso Futuro Comum*. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1991.
- CNUMAD - Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. *Agenda 21*. 3.ed. Brasília: Senado Federal, 2000.
- DRUCKER, Peter. *O melhor de Peter Drucker: a sociedade*. Trad: Edite Sciulli. São Paulo: Nobel, 2001.
- ELKINGTON, John. *Canibais de garfo e faca: Seria sinal de progresso se um canibal utilizasse garfo e faca para comer?*. Trad: Patrícia Martins Ramalho. São Paulo: Makron Books, 2001.
- FARIA, Alexandre.; SAUERBRONN, F. A responsabilidade social é uma questão de estratégia? Uma abordagem crítica. *Revista de Administração Pública*, 42(1): pp.7-33, 2008.
- FERREL, O. C.; FREADRICH, J.; FERREL, I. *Ética empresarial: dilema, tomada de decisões e casos*. Trad: Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Reichmann & Afonso, 2001.
- GOMES, Adriano; MORETTI, Sérgio. *A responsabilidade e o social: uma discussão sobre o papel das empresas*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- KNIGHTS, D. e MORGAN, G. The concept of strategy in sociology: a note of dissent. *Sociology* 24 (3): p. 275/483, 1990.
- KNIGHTS, D.; MORGAN, G. Corporate Strategy, Organizations, and Subjectivity: A Critique. *Organization Studies*, 21(2): 251-273, 1991.
- LAYRARGUES. Philippe Pomier. *A cortina de fumaça: o discurso empresarial verde e a ideologia da racionalidade econômica*. São Paulo: Annablume, 2003.
- LEROY, Jean-Pierre; ACSELRAD, Henri. Novas Premissas para a Construção de um Brasil Sustentável. In: RATTNER, Henrique (org.) . *Brasil no limiar do século XXI*. São Paulo: Ed. EDUSP, 2000.
- MONTIBELLER-FILHO, Gilberto. *O mito do desenvolvimento sustentável: Meio ambiente e custos sociais no moderno sistema produtor de mercadorias*. 3. ed. rev. e atual. Florianópolis: Ed. UFSC, 2008.
- MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Trad. Dulce Matos. Lisboa: Inst. Piaget, 1995.
- PORTER, M.; KRAMER, M. Strategy and society: the link between competitive advantage and corporate social responsibility. *Harvard Business Review*, 84(12): 78-92, 2006.
- POSSAS, Paulo Darién; SOARES, Raimundo; PARO, Roberta Mokrejs. *Relatório de Pesquisa RP 0706. Sustentabilidade e Governança Corporativa*. FDC – Fundação Dom Cabral, ano 07, n. 06, dez/2007.
- RAMOS, Alberto. Guerreiro. *A Nova Ciência das Organizações: uma reconceitualização da riqueza das nações*. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1989.

RATTNER, Henrique. Sustentabilidade – uma visão humanista. *Ambiente & Sociedade* - Ano II - No 5 - 2o Semestre de 1999.

_____. (org.). *Brasil no limiar do século XXI*. São Paulo: Ed. EDUSP, 2000.

_____. *O resgate da utopia*. São Paulo: Ed. Palas Athena, 2005.

SACHS, Ignacy. *Ecodesenvolvimento: crescer sem destruir*. São Paulo, Vértice, 1986.

_____. *Estratégias de Transição para o Século XXI* -Desenvolvimento e Meio Ambiente. São Paulo: Studio Nobel – Fundap, 1993.

_____. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2008, 3. ed. Coleção Idéias Sustentáveis.

_____. *Desenvolvimento: incluyente, sustentável, sustentado*. Rio de Janeiro: Garamond, 2008b.

SCOTTO, Gabriela; CARVALHO, Isabel Cristina de Moura; GUIMARÃES, Leornado B. 3. ed. *Desenvolvimento Sustentável*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008. Coleção Conceitos Fundamentais.

SERRA, Fernando A. Ribeiro; TORRES, Maria Candida S; TORRES, Alexandre Pavan. - *Administração estratégica: conceitos, roteiro prático e casos*. Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso Editores, 2004.

VEIGA, José Eli da. *Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI*. 3 ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

VOTAW, D.. Genius Becomes Rare. In: VOTAW, D. SETHI,S.P. *The Corporate Dilemma: Traditional Values versus Contemporary Problems*. Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1973.

WBCSD. World Business Council for Sustainable Development. *Responsabilidade social empresarial (RSE): bom senso aliado a bons negócios*. Tradução CEBDS, janeiro, 2000. Disponível em: <http://www.cebds.org.br/cebds/pub-docs/pub-rse-bom-senso-aliado-negocios.pdf> Acessado em: 29.06.2009.

WHITLEY, R. The social construction of organizations and markets: The comparative analysis of business recipes. In: DOBIN, F. (Ed) *The New Economic Sociology: A Reader*. Princeton: Princeton University, 2004.

WHITTINGTON, R. *O que é Estratégia*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.

3

A PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE COMO FUNDAMENTO PARA INCENTIVOS FISCAIS EMPRESARIAIS DE DEDUÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA

MARIA LÍRIDA CALOU DE ARAÚJO E MENDONÇA

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2004). Atualmente é professora da Universidade Estadual do Ceará e adjunto da Universidade de Fortaleza – UNIFOR.

SAULO NUNES DE CARVALHO ALMEIDA

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Especialista em Direito do Trabalho, Tributário e Previdenciário pela Faculdade Ateneu. Professor de Direito Tributário e de Direito do Trabalho. Advogado.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A preservação do meio ambiente como direito fundamental. 2. Breves comentários acerca dos incentivos fiscais federais. 3. Perquirições acerca da Lei nº. 5.106/66. 4. Comentários acerca dos projetos de lei de incentivo fiscal ambiental. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A preocupação da sociedade com a preservação do meio-ambiente não é algo tão recente quanto se tende a imaginar. A atenção para com o tema ambiental, por vários países do mundo, remete-se a 1972, ano em que foi organizada, pela ONU (Organização das Nações Unidas), em Estocolmo, uma Conferência sobre o Meio-Ambiente, que teve como grande resultado a Declaração de Estocolmo, um verdadeiro marco global, que definiu diversos dos princípios referentes à preservação do Meio-Ambiente que se perpetuam pelos mais distintos ordenamentos jurídicos atuais.

No Brasil, a confirmação de ação mais efetiva pertinente ao tema ambiental ocorreu com a Constituição Federal de 1988, ao apresentar, em seu Título VIII, Capítulo VI, disposições sobre o Meio-Ambiente, prevendo em seu art. 225 que:

Todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial a sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Ao comentar sobre a previsão constitucional referente ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, contido no art. 225 da Carta Maior, Uadi Lammêgo Bulos⁷, afirma que:

O constituinte consagrou no art. 225 um direito difuso, pois a garantia do “meio ambiente ecologicamente equilibrado” não instrumentaliza um direito subjetivo típico, divisível, particularizável, que alguém possa usufruir individualmente. Ao invés, assegurou um direito exigível a quem incumba o dever jurídico de prestá-lo: o Poder Público.

Importante explicar sobre a garantia estabelecida pelo art. 225 no que se refere às “presentes e futuras gerações”. Percebe-se que, frente à previsão apontada pelo legislador constituinte quanto ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para gerações futuras, tem-se uma garantia fortemente vinculada aos atos que a atual geração praticar nesse momento presente.

Logo, a preservação do meio ambiente deve ser encarada com toda a responsabilidade e solidariedade necessária à efetivação de um direito fundamental, visando assegurar a mesma garantia constitucional para as futuras gerações. Nesse passo, veja a reflexão destacada por Paulo Affonso Leme Machado⁸ referente à responsabilidade ambiental existente entre as presentes e futuras gerações:

A Constituição estabelece as *presentes e futuras gerações* como destinatárias da defesa e da preservação do meio ambiente. O relacionamento das gerações como o meio ambiente não poderá ser levado a efeito de forma separada, como se a presença humana no planeta não fosse uma cadeia de elos sucessivos. O art. 225 consagra a ética da solidariedade entre as gerações, pois as gerações presentes não podem usar o meio ambiente fabricando a escassez e a debilidade para as gerações vindouras.

Constata-se, assim, a existência de importante previsão constitucional referente a um meio ambiente sustentável e à função inerente ao Poder Público de realizar medidas que garantam tal sustentabilidade.

Ao adentrarmos no art. 23, VI da Constituição Federal de 1988, observamos a possibilidade concreta do desenvolvimento de uma ampla política pública de incentivo fiscal empresarial para o meio ambiente ao estabelecer que a competência pela sua efetivação recai tanto sobre a União, como para os Estados

⁷BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Saraiva. 2000. p. 1228.

⁸MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2008. p. 130.

e Municípios, justificando o desenvolvimento de Leis (federais, estaduais ou municipais) que visem ao fomento empresarial da preservação ambiental.

Luís Paulo Sirvinskas⁹ destaca alguns pontos relevantes ao comentar sobre a competência concorrente dos entes públicos quanto à capacidade de legislar sobre a matéria:

O cumprimento dos princípios, dos objetivos, das diretrizes da Política Nacional do Meio Ambiente está intimamente ligado à arrecadação de recursos financeiros. Tais recursos, geralmente, provêm do governo e, por via de consequência, dos contribuintes.

Ressalta-se que compete a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios legislar sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente, controle da poluição, proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico, paisagístico etc.

[...]

Também é possível utilizar-se da intervenção no domínio econômico (art. 149 CF) e dos incentivos fiscais (imunidades, isenções, deduções e progressividade tributária) (art. 150 CF). (grifou-se).

Partindo da previsão constitucional referente ao tema preservação ambiental, analisaremos a hipótese advinda da necessidade do desenvolvimento de uma lei de incentivo fiscal ambiental, visando atuar de forma direta no constante problema de carência de recursos para a proteção do meio ambiente. Carência essa que, em um país com a magnitude econômica e a diversidade ecológica do nosso, é sem dúvida, uma que merece ser enfrentada.

Deste modo, será perquirida a possibilidade do desenvolvimento de uma legislação federal, não apenas pela possibilidade de envolver uma maior quantidade de recursos, mas também, pela capacidade de utilização do Imposto de Renda, um tributo que incide não apenas sobre pessoas jurídicas, mas também pessoas físicas, algo essencial para que o resultado alcançado com esse novo mecanismo tributário vá além do mero repasse de verbas, propiciando uma reeducação ambiental da população brasileira.

1. A PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Os direitos fundamentais de segunda dimensão¹⁰ tendem a ser doutrinariamente classificados como direitos coletivos ou da coletividade, que dominaram os debates do Século XX. Entre eles se destacam os direitos sociais, culturais, econômicos, bem como, o meio ambiente.

⁹ SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2008. pp.178 - 179.

¹⁰ Acredita-se ser a terminologia correta dimensão e não geração, pois geração passa a idéia equivocada de substituição da geração anterior, enquanto que dimensão passa uma de englobamento da dimensão anterior.

Sua origem reside no princípio da isonomia, e assim como os direitos de primeira dimensão, nascem de uma formulação nas esferas filosóficas, que dominaram as Constituições após a segunda grande guerra. Sobre a necessidade de uma eficiente tutela ambiental, ultrapassando as barreiras históricas filosóficas para um estado de efetivação, José Joaquim Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leite¹¹ apontam:

Além da instituição desse inovador “dever de não degradar” e da ecologização do direito de propriedade, os mais recentes modelos constitucionais elevam a tutela ambiental ao nível não de um direito qualquer, mas de um direito fundamental, em pé de igualdade (ou mesmo, para alguns doutrinadores, em patamar superior) com outros também previstos no quadro da Constituição, entre os quais se destaca, por razões óbvias, o direito de propriedade.

Paulo Bonavides¹² destaca a problemática inicial encontrada por tais direitos, afirmando possuírem pouca efetivação normativa, devido a sua natureza de direitos programáticos:

Passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos.

No entanto, apesar dos empecilhos inerentes à efetividade de tais direitos, Paulo Bonavides conclui afirmando que “os direitos fundamentais de segunda geração tendem a se tornar tão justificáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida”¹³.

Na visão de Antonio Afonso da Silva (2008, p.342), a manutenção do equilíbrio ecológico e a qualidade do meio ambiente, devem ser vistos como direito fundamental da pessoa humana, reconhecidos pela Declaração do Meio Ambiente, em junho de 1972:

Temos dito que o combate aos sistemas de degradação do meio ambiente converte-se numa preocupação de todos. *A proteção ambiental*, abrangendo a preservação da Natureza em todos os seus elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, visa a tutelar a qualidade do meio ambiente em função da *qualidade de vida*, como uma forma de direito fundamental da pessoa humana.

[...]

Esse novo direito fundamental foi reconhecido pela *Declaração do Meio Am-*

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 73.

¹² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 518.

¹³ *Id.*, *Ibidem*.

biente, adotada pela Conferência das Nações Unidas, em Estocolmo, em junho de 1972, cujos 26 princípios constituem prolongamento da *Declaração Universal dos Direitos do Homem*.

Assim, devido a esse reconhecimento conseguido em Estocolmo, o direito ao meio ambiente alcançou o ponto máximo em nosso Ordenamento Jurídico, sendo revestido pelo manto de direito fundamental.

Percebe-se, assim, a já indiscutível caracterização do direito ao meio ambiente sustentável como um direito fundamental, de terceira dimensão, de titularidade difusa, devendo ser preservado não apenas para que possa ser gozado no presente momento, mas, também, para que seja respeitada a garantia constitucional destinada às gerações futuras.

2. BREVES COMENTÁRIOS ACERCA DOS INCENTIVOS FISCAIS FEDERAIS

O Estado tem a função de intervir de forma positiva na preservação do meio ambiente, assegurando que este seja ecologicamente equilibrado, requisito essencial à sustentabilidade da vida. Uma das formas de alcançar esse objetivo é através do estímulo dos atores sociais (em especial empresas e pessoas naturais) à preservação do meio ambiente, antecipando-se as conseqüências nefastas que uma postura omissa acarretará para as gerações futuras.

Esse estímulo de preservação do meio ambiente, assim como tem sido feito pela cultura, cinema, esporte, tecnologia e inovação, pode vir a ser atingido através de uma correta utilização de políticas públicas de incentivos fiscais.

Antes de adentrar em detalhes sobre uma legislação de incentivos fiscais tributários de dedução do imposto de renda direcionada, exclusivamente, para a preservação do meio ambiente, é necessária uma análise como esses incentivos funcionam e quais as áreas sociais que vêm sendo beneficiadas por eles.

Os incentivos fiscais são, em essência, fontes de recursos propiciados pelo governo para servir de estímulo fiscal à realização de empreendimentos estratégicos em áreas específicas julgadas relevantes para a sociedade, sejam elas culturais, esportivas, econômicas ou sociais, podendo possuir a função de melhorar a distribuição de renda no país, direcionando verbas para regiões mais necessitadas.

Dessa forma, observa-se que o objetivo das leis de incentivo é atingir o êxito no desenvolvimento de distintos campos, através de um estímulo fiscal, fazendo com que os atores sociais, em especial as empresas, atuem como verdadeiros patrocinadores e que, eventualmente, reconheçam a importância de financiar iniciativas de tais áreas, frente aos resultados positivos conseguidos com a associação de sua marca àqueles projetos.

O espírito de uma legislação de incentivo é modificar uma perspectiva social ao abrir olhos do patrocinador para os benefícios colhidos ao adotar uma postura socialmente responsável. Essa mudança cultural das empresas fará com

que os projetos que, anteriormente, eram sustentados apenas com recursos públicos de incentivos fiscais, possam vir a sobreviver sem necessidade daquela política de fomento, tornando-se auto-sustentável.

Para a concretização desse objetivo é imprescindível o fortalecimento do terceiro setor, que deverá direcionar a atenção das empresas às ações que visem à preservação ambiental. Todavia, oportuno esclarecer um aparente problema acerca da supracitada visão de autonomia, ou seja, o fato de que esse objetivo de auto-sustentabilidade ainda não foi adquirido sequer pela cultura, que apesar de possuir sua legislação de incentivo fiscal há mais de 20 anos, ainda não conseguiu se tornar um segmento independente das leis de incentivo fiscal.

Retornando ao tema central, oportuno esclarecer que a renúncia fiscal, utilizada pelas leis de incentivo, ocorre graças à chamada função extrafiscal dos tributos, definida como uma forma através da qual o estado interfere no domínio econômico, visando ao estímulo de determinada conduta dos atores sociais. Analisando essa moderna feição assumida pelos tributos, Hugo de Brito Machado¹⁴ esclarece que:

O objetivo dos tributo sempre foi o de carrear recursos financeiros para o Estado. No mundo moderno, todavia, o tributo é largamente utilizado com o objetivo de interferir na economia privada, estimulando atividades, setores econômicos ou regiões, desestimulando o consumo de certos bens e produzindo, finalmente, os efeitos mais diversos na economia. A esta função moderna do tributo se denomina função extrafiscal.

Percebe-se que, conforme aponta o autor, no mundo contemporâneo, dificilmente um tributo é utilizado unicamente como um instrumento de arrecadação. A arrecadação, com certeza, é um de seus principais objetivos, mas, definitivamente, não deve ser o único.

Seguindo entendimento similar, quanto à contemporaneidade dos objetivos dos tributos, José Marcos Domingues de Oliveira¹⁵ destaca alguns aspectos positivos dessa função moderna do tributo quando direcionada à preservação ambiental:

Sem dúvida, entre os meios de prevenção e combate à poluição, o tributo surge como instrumento eficiente tanto para proporcionar ao Estado recursos para agir (tributação fiscal), como fundamentalmente para estimular condutas não-poluidoras e desestimular as poluidoras (tributação extrafiscal).

Não resta dúvida sobre o potencial que uma lei tributária detém para incentivar certos tipos de condutas “não-poluidoras”, premiando aqueles que elas

¹⁴ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 25. ed. São Paulo: Malheiros. 2004. pp.79-80.

¹⁵ OLIVEIRA, José Marcos Domingues. *Direito Tributário e Meio Ambiente*. São Paulo: Renovar. 1995. p.26.

promoverem, satisfazendo o espírito constitucional previsto no art. 225 que visa o respeito ao equilíbrio ecológico e a preservação ambiental.

Dessa forma, foi por intermédio da função extrafiscal dos tributos que o governo desenvolveu formas de fomentar distintos direitos sociais fundamentais. Inicialmente tivemos a cultura, que com as Leis nºs. 8.971/91 (popularmente conhecida como Lei Rouanet) e 8.685/93 (Lei do Audiovisual) obtiveram a possibilidade de receber verbas através de incentivos tributários. Mais recentemente, tivemos o exemplo do esporte sendo contemplado com a Lei nº. 11.438/06, e o setor da pesquisa e inovação com a Lei nº. 11.478/07, sendo prestigiados com leis específicas de incentivos fiscais de dedução do imposto de renda.

Essas leis de incentivo obedecem um mecanismo de isenção fiscal em que pessoas físicas e jurídicas, que tributem com base no lucro real, possam empregar verbas a serem utilizadas no pagamento de seus impostos de renda para financiar distintas áreas, podendo, futuramente, descontar aquele valor utilizado, de forma total ou parcial, do valor a ser recolhido a título de imposto de renda.

Percebe-se que, apesar das verbas estarem saindo do bolso das empresas ou pessoas físicas, tratam-se, na realidade, de verbas públicas, em que o governo apenas deixa a oportunidade de escolha das áreas que receberiam aquele recurso para a iniciativa privado.

Portanto, o mecanismo de uma Lei de Incentivo Ambiental deveria permitir que os incentivadores (pessoas físicas e jurídicas) pudessem selecionar os projetos ambientais elaborados pelo terceiro setor que mais lhe despertaram interesse e o apoiar. Ao Ministério do Meio Ambiente caberia a função de atuar como um órgão regulador e fiscalizador dos recursos privados, recebidos por essas instituições ambientais, certificando o correto uso das verbas, bem como selecionando áreas ambientais prioritárias e que mais necessitam de apoio financeiro.

Considerando que tanto as pessoas físicas quanto jurídicas já utilizam um certo valor de seu imposto de renda para incentivar atividades de cunho cultural, esportivo, social, audiovisual, etc, não seria estranho o desenvolvimento de um mecanismo jurídico análogo que permitisse incentivar projetos de caráter ambiental.

Todavia, não se desconhece aqui a imprescindibilidade da definição de um valor limite do Imposto de Renda que poderia ser utilizado para esse fim. Veja que, caso sigamos os parâmetros da Lei de Incentivo à Cultura para Pessoas Físicas, esse teto deveria ser de, no máximo, 6% do IR a ser recolhido. Valor que não deveria ser cumulativo com as demais áreas, ou seja, esses 6% deveriam ser divididos entre todas as possíveis áreas possuidoras de leis de incentivo. Para as pessoas Jurídicas, acredita-se que esse valor limite do imposto de renda para se utilizar em projetos ambientais deveria ser de até 4% (assim como na Lei *Rouanet*).

Encontramos aqui um primeiro obstáculo que poderá vir a ser instrumental quanto ao sucesso ou fracasso dessa nova legislação. Afinal, sabe-se que

as Pessoas Jurídicas são responsáveis pela grande parcela do valor arrecadado através das Leis de Incentivo no Brasil, existindo uma cumulatividade entre certas áreas quanto aos valores limites que podem ser destinados pela empresa. A título de exemplo, destaca-se: Para projetos da área cultural, as empresas podem utilizar até 4% do seu Imposto de Renda devido. Para projetos em áreas de cunho esportivo, esse limite é de no máximo 1%. Então, uma empresa que deseja fomentar ambas as áreas, poderá utilizar até 5% do seu Imposto de Renda. Essa cumulatividade existe para se evitar uma concorrência direta entre os campos, que poderiam iniciar verdadeira “guerra” para serem beneficiados pelas verbas das empresas.

Então, o obstáculo a ser resolvido se refere ao valor utilizado em projetos ambientais, posto que concorreriam com as áreas culturais e esportivas, ou seriam cumulativos a ambas, permitindo uma utilização adicional pelas empresas de mais 4% para preservação ambiental.

Abaixo, destaca-se um quadro de dedução do Imposto de Renda que pode ser utilizado pelas grandes empresas conforme o atual cenário normativo brasileiro. Observa-se que certas áreas competem diretamente entre si, existindo dois limites que devem ser obedecidos pelas PJs patrocinadoras, limites de natureza parcial como limites de natureza global¹⁶.

Faixa de dedução do imposto de renda devido pela pessoa jurídica tributada pelo lucro real			
Faixa 1	Faixa 2	Faixa 3	Faixa 4
Limite global de 4%	Limite global de 4%	Sem limite global	Sem limite global
Programa de Alimentação do Trabalhador/PAT	Incentivo a Cultura	Doações aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente	Incentivo ao Esporte
Limite Específico: 4%	Limite Específico: 4%	Limite Específico: 1%	Limite Específico: 1%
Programas de Desenvolvimento Tecnológico Industrial/ PDTI ou Agropecuário/ PDTA	Fomento a atividade audiovisual e FUN-CINE		
Limite Específico: 4%	Limite Específico: 3%		

Total de deduções possíveis de serem efetuadas: $4\% + 4\% + 1\% + 1\% = 10\%$

¹⁶ REZENDE, José Ricardo. *Manual Completo da Lei de Incentivo ao Esporte*. São Paulo: All Print. p. 34.

Visando à maximização das políticas públicas de incentivos tributários, tornando-as verdadeiramente efetivas, bem como a difusão de conscientização social acerca da importância da preservação e do desenvolvimento do meio ambiente, muitas ONGs têm defendido a criação de uma legislação de fomento ambiental em moldes similares às demais leis de incentivo fiscais existentes, visando, através do desconto do Imposto de Renda de Pessoas Físicas e Jurídicas, uma mudança no cenário ambiental do País.

A preocupação quanto à disponibilidade de finanças públicas destinadas à proteção do meio ambiente corresponde a uma questão global. Veja a reflexão sobre o tema, de Tiago Souza d'Alte¹⁷, assessor do Ministro do Ambiente de Portugal:

Bem assim, merece reflexão no contexto da problemática estrutural das contas nacionais, com os novos desafios presentes à actividade do Estado e ao reequacionamento do seu papel e das suas funções e com a incessante busca de novas soluções de gestão pública que alcancem uma maior eficiência e eficácia. Há necessidade de adequar os modelos de resposta do Estado às exigências ambientais que lhe são colocadas, em face da natureza muito própria desses problemas. É por isso hoje pacificamente aceite que os mesmos carecem de intervenção do Estado, em moldes por vezes inéditos à luz da experiência tradicional.

Há também lugar para o questionamento sobre como se administra, em termos orçamentais e paraorçamentais, a afectação de meios públicos ao respectivo fim da defesa de bens públicos ambientais ou de bens livres, para preservação da qualidade de vida, [...].

Entendemos que no Ordenamento Jurídico pátrio, há uma real possibilidade de utilizar incentivos fiscais como um instrumento de política ambiental, contribuindo em áreas estratégicas, atuando como mais uma política pública de efetivação da preservação desse direito fundamental.

Não se pode fechar os olhos para os avanços oriundos da atividade exercida pelo terceiro setor que, ao ocupar as lacunas deixadas pelo Estado, tem alcançado significativo sucesso no fomento de áreas como a cultura, esporte, cinema, realizando parcerias com entidades privadas, tornando-se verdadeiro protagonista na luta pela concretização de direitos constitucionais. Cenário nacional que poderia vir a ser bastante diferente na hipótese de inexistência desses instrumentos tributários de incentivo.

Sabe-se que, no mundo desenvolvido de hoje, a questão de preservação ambiental é uma constante na mídia. O Brasil se encontra no centro do palco, sendo freqüentemente julgado por seus trabalhos e iniciativas (ou falta deles) pelo restante do mundo, cenário justificável pelo fato de se tratar de um país com uma área verde tão vasta. Isso significa que, caso o Brasil queira concretizar suas

¹⁷ D'ALTE, Tiago Souza. *Revista Forum de Direito Tributário* n° 36: Fundos Públicos: Novas Formas de Financiamento da actividade ambiental pública. Ano - 2008. p. 49.

pretensões políticas globais, tornando-se uma nação-referência no âmbito político internacional, um trabalho sério destinado à questão ambiental se demonstra imprescindível.

Nesse contexto, uma Lei de Incentivo ao Meio Ambiente poderia modificar completamente o cenário da preservação ambiental no país. Através de uma política que transforme as empresas em verdadeiros atores sociais, permitindo-as utilizarem valores destinados ao pagamento do Imposto de Renda em projetos de proteção do meio ambiente, uma nova era ambiental estaria iniciando, era essa, quem sabe, tão significativa para o Brasil quanto a Conferência de Estocolmo foi para o mundo.

3. PERQUIRIÇÕES ACERCA DA LEI Nº. 5.106/66

No Ordenamento Jurídico nacional, a Lei nº. 5.106, de 2 de Setembro de 1966, aparenta corresponder a primeira legislação brasileira de concessão de alguma forma de incentivo fiscal direcionada para a questão ambiental. Todavia, a legislação carregava baixa versatilidade, pois não fomentava a preservação do meio ambiente, destinava-se, apenas, ao abatimento do imposto de renda dos valores utilizados para práticas de florestamento e reflorestamento, conforme dispositivo abaixo:

Art. 1 – As importâncias empregadas em florestamento e reflorestamento poderão ser abatidas ou descontadas nas declarações de rendimento das pessoas físicas e jurídicas, residentes ou domiciliadas no Brasil, atendidas as condições estabelecidas na presente lei.

Observa-se que o intuito da Lei era apenas fomentar o plantio de árvores, e mesmo assim, devido a certas limitações normativas impostas pela mesma, o objetivo não conseguiu ser alcançado. Essas limitações podem ser observadas em seu artigo 2º:

Art. 2 – As pessoas físicas ou jurídicas só terão direito ao abatimento ou desconto de que trata este artigo desde que:

A) Realizem o florestamento ou reflorestamento em terras de que tenham justa posse, a título de proprietário, usufrutuários ou detentores do domínio útil ou de que, de outra forma, tenham o uso, inclusive como locatários ou comodatários;

B) Tenham seu projeto previamente aprovado pelo Ministério da Agricultura, compreendendo um programa de plantio anual mínimo de 10.000 (dez mil) árvores;

Os valores somente poderiam ser utilizados se a intenção, da Pessoa Física ou Jurídica, fosse relativa a realizar um plantio anual de, pelo menos, 10.000 (dez mil) árvores, em uma área que, obrigatoriamente, deveria ser de sua posse

ou propriedade, excluindo qualquer possibilidade de um reflorestamento em florestas, vales, parques e outras áreas desmatadas em que o incentivador não fosse possuidor ou proprietário, mas ainda possuísse o interesse em reflorestá-la.

Frente a tais restrições, os especialistas logo perceberam o inevitável, que a lei dificilmente obteria grandes resultados no quadro da preservação ambiental. Concluindo o processo de tornar a política pública ineficaz, o Decreto Lei nº. 1.053, vedou a possibilidade da utilização dos benefícios fiscais por pessoas jurídicas, as grandes responsáveis pela utilização do imposto de renda em projetos de incentivos fiscais, decretando de vez o fracasso da legislação: “Art. 1º – A partir de 1º de janeiro de 1977 não mais serão concedidos, a pessoas jurídicas, incentivos fiscais para florestamento ou reflorestamento nas condições previstas na Lei nº 5.106, de 2 de setembro de 1966”.

Equívocos como os que foram apresentados acarretaram no “esquecimento” da Lei nº. 5.106/66, fazendo com que sejam pontos importantes a serem estudados, tendo em vista que o desenvolvimento de uma Lei de Incentivo ao Meio Ambiente que almeje o sucesso da área, deverá evitar cometer os mesmos erros, pois, de nada adiantará uma legislação de incentivo fiscal se os atores sociais responsáveis em materializá-la (ONGs, Empresas, Pessoas Físicas) não acreditarem que a mesma carregue potencial para alcançar mudanças efetivas.

4. COMENTÁRIOS ACERCA DOS PROJETOS DE LEI DE INCETIVO FISCAL AMBIENTAL

Nossa pesquisa demonstrou a existência de dois projetos de leis, com padrões similares, aguardando aprovação no Senado Federal. Ambos visam o incentivo fiscal como política de fomento à preservação do meio ambiente. São eles o PL nº. 5.974/2005 e o PL nº. 5.162/2005. Serão analisados, a seguir, os pontos positivos e negativos de cada um desses projetos de lei, procurando encontrar uma harmonia entre ambos, visando atingir o que poderia ser um “modelo aprimorado” para uma “Lei de Incentivo ao Meio Ambiente”.

Ambas as legislações estabelecem a possibilidade da disponibilização de incentivos fiscais através de uma dedução do imposto de renda tanto de pessoas físicas quanto jurídicas. Todavia, para o PL nº. 5.974/2005, o desconto desses valores, a título de isenção fiscal, ocorreria apenas de forma parcial, conforme a transcrição do artigo abaixo:

Art. 1º – As pessoas físicas e jurídicas poderão deduzir do imposto de renda devido, respectivamente, até 80% (oitenta por cento) e até 40% (quarenta por cento) dos valores efetivamente doados a entidades sem fins lucrativos, para aplicação em projetos destinados a promover o uso sustentável dos recursos naturais e a preservação do meio ambiente.

Conforme mencionado, a previsão do desconto no imposto de renda

referente aos valores utilizados em projetos ambientais não seria total. Para as pessoas jurídicas, maiores responsáveis pela utilização das legislações federais de incentivo fiscal (cultura, esporte, etc), esse desconto seria de apenas 40%, ao contrário da previsão da Lei de Incentivo à Cultura ou da Lei de Incentivo ao Esporte, no qual há um desconto posterior de todo o valor utilizado, ou seja, 100%.

Com certeza, a apresentação de um projeto de lei que visa o incentivo ambiental através da isenção fiscal é encorajador, capaz de causar um impacto positivo na concretização desse direito fundamental.

No entanto, com uma previsão de desconto de apenas 40% dos valores utilizados pelas pessoas jurídicas, entendemos que a legislação falhará em conseguir seu objetivo, e tenderá a ser negligenciada por grande parte das empresas, que se sentiriam desencorajadas ao terem de retirar os 60% complementares de seu próprio caixa.

Esse desencorajamento empresarial deve ser analisado como um problema crucial no que se refere ao sucesso ou fracasso da legislação, tendo em vista que, devido ao sistema utilizado pelas leis de incentivo, somente empresas que tributam com base no lucro real, podem se beneficiar da isenção fiscal, cerca de 4,6%¹⁸ das empresas do País. Logo, considerando o diminuto universo de empresas que teriam o direito de se utilizar das leis de incentivo, qualquer dispositivo que acarrete no desencorajamento de uma parcela dessas empresas representará perdas significativas de recursos que poderiam estar sendo destinados ao meio ambiente.

Apesar dessa dificuldade inicial quanto ao percentual de desconto, um ponto positivo do PL n.º 5.974/2005 foi a vedação da utilização de verbas para remuneração do corpo de funcionários de ONGs proponentes dos projetos ambientais, conforme estabelecido no artigo 2º:

Art. 2º (...)

§1º – É vedado o emprego da parcela incentivada das doações para remunerar, a qualquer título, membro de órgão dirigente das entidades executoras do projeto.

Entendemos que essa proibição corresponde a importante mecanismo de proteção dos recursos públicos e que deveria existir nas demais leis de incentivos fiscais.

Outra importante vedação foi apresentada pelo PL n.º 5162/2005, que prevê a impossibilidade de utilização de verbas por instituições sociais que possuam algum grau de vinculação com a empresa incentivadora, também objetivando dificultar a existência de possíveis desvios de verbas, que, certamente, é mais fácil de ser realizado em se tratando do repasse de recursos entre pessoas jurídicas de um mesmo grupo:

¹⁸ Disponível em: www.receita.fazenda.gov.br/PessoaJuridica/dipj.

Art. 10 – A doação ou patrocínio não poderá ser efetuada a pessoa ou instituição vinculada ao agente

Parágrafo único: Consideram-se vinculados ao agente doador ou patrocinador: I – a pessoa jurídica da qual o doador ou patrocinador seja titular, administrador, gerente, acionistas ou sócio, na data da operação, ou nos doze meses anteriores.

II – o conjugue, os parentes até terceiro grau, inclusive os afins, e os dependentes do doador ou patrocinador ou dos titulares, administradores, acionistas ou sócios de pessoa jurídica vinculada ao doador ou patrocinador, nos termos do inciso anterior.

Por fim, enalteçemos uma última questão de extrema importância, e que merece ser objeto de uma maior reflexão não apenas jurídica, mas também, econômica e financeira. Existiria ou não concorrência dos 4% do IRPJ que as empresas teriam direito de destinar ao desenvolvimento de projetos ambientais. Infelizmente, os projetos de lei em análise foram omissos em não esclarecer se essa porcentagem iria concorrer diretamente com os percentuais que as empresas já utilizavam para atividades culturais, esportivas, etc, ou se teríamos um sistema cumulativo com os demais campos prestigiados pelas legislações tributárias federais.

Sabe-se que uma política pública que visa contribuir de forma efetiva para a preservação do meio ambiente, necessitaria de um “campo” à parte, além da cultura e do esporte. Caso contrário, na hipótese dessa nova legislação se enquadrar nos mesmos limites destinados à cultura, o resultado seria uma concorrência direta entre projetos culturais e ambientais, que iria refletir sobre ambas as áreas de forma negativa. Logo, entendemos que a solução repousa no reconhecimento de valores cumulativos para as políticas de fomento existentes, talvez seguindo o modelo similar ao estabelecido pela Lei de Incentivo ao Esporte, acarretando em uma diminuição do teto de valores utilizados por pessoas jurídicas, que sairia de 4% para 1%, porém, como benefício, evitaria uma colisão com as demais áreas já consolidadas.

Essas são alguns dos desafios apresentados por algumas das leis de incentivo do nosso ordenamento jurídico. Dificuldades que, apesar de não eximirem a importância da aplicação de políticas públicas que visem o fomento de suas respectivas áreas, são fatores que devem ser levados em consideração, até para que os mesmos erros não venham a se repetir em uma lei de incentivo fiscal ambiental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sabe-se que a população está cada vez mais atenta para a importância da preservação dos recursos naturais brasileiros. Por ser um assunto constante na mídia, torna-se praticamente impossível a inexistência de uma reflexão sobre o problema, pela sociedade. Uma lei de incentivo fiscal destinada à preservação ambiental chegaria no momento correto, propiciando a transformação dessas reflexões em ações, resultando em uma reeducação ambiental da população.

Entendemos que o caminho tributário para impulsionar a preservação ambiental não deve ocorrer através da majoração da carga tributária já incidente sobre a população e sim, através de uma nova política pública, destinada a des-cobrir uma fórmula de utilizar os recursos já existentes com maior eficiência, impulsionando a questão ambiental, sem que haja prejuízo ao bolso do contribuinte, bem como para as demais áreas sociais endereçadas pelo orçamento do governo.

O meio ambiente é um direito fundamental e é dever do Estado disponibilizar todos os meios necessários para a máxima proteção desse direito. A necessidade de uma legislação de preservação ambiental é algo latente, no entanto, um problema a ser enfrentado repousa na certificação de que os benefícios que foram disponibilizados pela renúncia fiscal sejam, de fato, utilizados para o fomento ambiental e não apropriado por entes privados, para benefício próprio. Nesse sentido, dormita a importância de uma fiscalização efetiva, que deverá ser exercida não apenas pelo Ministério do Meio Ambiente, mas também pelas empresas incentivadoras e, principalmente, pela população em geral, ou seja, a sociedade exercendo progressivamente o valor maior da cidadania.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 21. ed. Saraiva: São Paulo, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. Malheiros: São Paulo, 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. Saraiva: São Paulo, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 1. ed. Saraiva: São Paulo, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 1. ed. Saraiva: São Paulo, 2007.

CARRAZA, Roque Antonio. 23. ed. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. Malheiros: São Paulo, 2007.

D'ALTE, Tiago Souza. *Revista Forum de Direito Tributário n° 36*: Fundos Públicos: No-

vas Formas de Financiamento da actividade ambiental pública. Ano – 2008

DENARI, Zelmo. *Curso de Direito Tributário*. 8. ed. Atlas: São Paulo, 2002.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. 3. ed. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. Coimbra: São Paulo, 1999.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Princípios do Processo Ambiental*. 1. ed. Saraiva: São Paulo, 2004.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 25. ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2004.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 16. ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2008.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues. *Direito Tributário e Meio Ambiente*. Renovar: São Paulo, 1995.

REZENDE, José Ricardo. *Manual Completo da Lei de Incentivo ao Esporte*. All Print: São Paulo, 2007.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 6. ed. Saraiva: São Paulo, 2008.

4

A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: ADOÇÃO DE MEDIDAS DE RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL

PASQUALINO LAMORTE

Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA-PR. Professor integrante do quadro da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pesquisador Científico e Membro do Grupo de Pesquisa Cidadania Empresarial, certificado no CNPq e mantido pelo Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

JOSÉ EDMILSON DE SOUZA LIMA

Doutor e Mestre em Meio Ambiente e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Paraná. Professor do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Função social da propriedade. 2. Contratos – Uma evolução histórica. 3. Função social dos contratos. 4. Contrato no Código de Defesa do Consumidor. 5. Responsabilidade social da empresa. 6. Função social da empresa e os contratos com os consumidores. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem a intenção de demonstrar a importância da responsabilidade social da empresa e a função social dos contratos nos negócios jurídicos realizados entre empresa e a sociedade em geral mediante os contratos em massa.

Em razão disto, o artigo demonstra a evolução histórica dos contratos até os chamados contratos de consumo, demonstrando assim, a importância de haver uma preocupação com o equilíbrio contratual nestes tipos de contratos, visando uma maior justiça social.

A função social da empresa, veio da função social da propriedade, com isso, surge da necessidade do Estado moderno de limitar o individualismo, frente a exigência social de garantir o interesse da coletividade que não é satisfeita dentro do Estado liberal atual.

Logo, a função social não tira a liberdade do indivíduo de agir de acordo com os próprios interesses, mas terá deveres com a sociedade, determinados pelos princípios e normas jurídicas, positivadas ou não.

Diante disto, a sociedade só poderá exigir das empresas a função social das atividades que constituem objeto dela, ou seja, ligado a sua atividade econômica exercida.

Não é possível exigir, com fundamento na função social, deveres para os quais as empresas não foram criadas, porque senão só teria deveres e não direitos.

Para se ter a função social mais efetiva, surgiu para o Estado a necessidade de estabelecer normas para direcionar as pessoas a praticarem seus atos pensados também no interesse da sociedade.

Ainda, tem-se a compreensão de que as empresas inicialmente visam o lucro, sem a intenção de prestar contas a qualquer pessoa, mas, em virtude de mudanças ocorridas, vê-se a importância das expectativas de empresas em relação aos clamores da sociedade.

Por essa razão, a realidade das pessoas jurídicas, vem sofrendo uma grande mudança, a partir do século XX, alternado o caráter individual para uma visão mais coletiva, demonstrando assim, uma preocupação mais social e não somente individualista.

Assim, o contrato deixa de ter uma finalidade eminentemente econômica, visando assim, uma atividade com caráter social e a elaboração de contratos que realizem uma justiça social, principalmente nos contratos de consumo de um modo geral.

1. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Antigamente, o direito civil objetivava proteger o interesse de uma minoria, o direito a propriedade, por exemplo, permanecia nas mãos da classe dominante. O direito moderno incumbe-se de transformar essa realidade e traz normas jurídicas, que ao menos em sua descrição, revela direitos ao cidadão visando muitas vezes o caráter social de determinada norma.

¹⁹A Constituição Federal de 1988 garante o direito de propriedade, desde que, seja exercida a função social.

O direito de propriedade deve ser visto inserido no modelo econômico constitucional, medido pelo alcance dos princípios integrantes do artigo 170, da

¹⁹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;”

Constituição de 1988²⁰.

Sobre o direito de propriedade e a função social do contrato, Francisco Cardozo Oliveira e Lígia Neves Silva, dizem que:

assinalam que o alcance do princípio da função social deve ser objetivamente mensurado em torno de duas finalidades: a de assegurar o acesso a posições proprietárias, tendo em conta a redução de desigualdades sociais que está na base do princípio de solidariedade inscrito no texto da Constituição, e o de resgatar o papel do trabalho na construção da socialidade²¹.

Por essa razão, a empresa atual que queira exercer uma responsabilidade social, deve atender aos interesses de uma determinada sociedade, deve visar o bem ao meio ambiente, aos seus funcionários e aos seus clientes, que no caso sejam seus consumidores.

2. CONTRATOS – UMA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O contrato serve para aquisição de propriedade. O indivíduo, ao contrário do antigo regime, pode então ter plena autonomia de contratar e plena possibilidade de ser proprietário, o que antes era possível apenas a classe dominante.

O contrato é colocado como um meio de circulação de riquezas, sendo que, estas riquezas concentravam-se apenas a uma classe privilegiada.

Para o Código Francês, a liberdade e a propriedade estão ligadas indissolúvelmente, sem propriedade não poderia haver liberdade, e as regras que ligam as pessoas as coisas são justamente os Contratos.

Em períodos remotos, o contrato representava uma maneira de adquirir bens, um acordo dos contratantes, e configurava a oportunidade da burguesia ascendente de adquirir bens da classe dita dominantes, isto é, detentoras de bens.

Essa reação representava uma reação contra os privilégios da realeza. O acordo de vontades representava na verdade, uma garantia para os burgueses e para as classes proprietárias. A transferência de bens passa a ser dependente exclusivamente da vontade.

A classe de comerciantes passava a deter o poder econômico e, portanto, a ter condições de impor sua vontade.

No direito romano não existia uma categoria geral de contrato, mas somente alguns contratos particulares. Mais tarde a forma escrita passa a ter pre-

²⁰ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade;”.

²¹ Possibilidades de uma análise econômica do princípio da função social do contrato: trocas, acesso à posições proprietárias e o trabalho, Revista Direitos Fundamentais & Justiça, PUCRS, ano 5, n.º 16, jul/set 2011.

ponderância.

O contrato essencialmente privado ocupa hoje parcela muito pequena do mundo negocial, embora não tenha desaparecido.

A liberdade de contratar nunca foi ilimitada, pois sempre esbarrou nos princípios da ordem pública. Essa liberdade de contratar pode ser vista sob dois aspectos, primeiro pelo prisma da liberdade propriamente dita de contratar ou não, estabelecendo-se o conteúdo do contrato, ou então, pelo prisma da escolha da modalidade do contrato.

A interferência do Estado na relação contratual privada mostra-se crescente e progressiva, o contrato não é mais visto pelo prisma individualista de utilidade para os contratantes, mas no sentido social de utilidade para a comunidade.

Neste sentido, pode ser coibido o contrato que não busca essa finalidade.

3. FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

A função social do contrato encontra fundamento jurídico no novo Código Civil Brasileiro em seu artigo 421, que diz: “*A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*”.

O presente código procura inserir o contrato como mais um elemento de eficácia social, trazendo a idéia básica de que o contrato deve ser cumprido não unicamente em razão do credor, mas como benefício da sociedade. De fato, qualquer obrigação descumprida representa uma moléstia social e não prejudica unicamente o credor ou contratante isolado, mas toda uma comunidade.

Em razão dessas modificações, a força obrigatória dos contratos não se aprecia tanto a luz de um dever moral de manter a palavra empenhada, mas sob o aspecto de realização do bem comum e de sua finalidade social.

Sobre a função social dos atuais contratos, descreve Silvio de Salvo Venosa, em seu livro de Direito Civil²²:

O controle judicial não se manifestará apenas no exame das cláusulas contratuais, mas desde a raiz do negócio jurídico. Como procura enfatizar o atual diploma. O contrato não é mais visto pelo prisma individualista de utilidade para os contratantes, mas no sentido social de utilidade para a comunidade. Nesse diapasão, pode ser coibido o contrato que não busca essa finalidade. Somente o caso concreto, as necessidades e situações sociais de momento é que definirão o que se entende por interesse social.

O contrato de seguro, por exemplo, é um contrato que tem caráter social, pois a natureza jurídica é tipicamente social, tendo em vista que visa à recomposição do patrimônio ao seu *status quo* anterior ao sinistro. O contrato que

²² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, 6. edição. São Paulo. Atlas, 2006.

podemos exemplificar como um contrato não social é o de seguro saúde que exclui cirurgia que necessite de prótese, quando a veia do coração precisa de uma prótese – STENT, no contrato de seguro de saúde exclui a colocação desta prótese.

Estas novas concepções de contrato visam um bem social, a condição social da pessoa que está contratando, conforme descreve Cláudia Lima Marques²³:

A nova concepção de contrato é uma *concepção* social deste instrumento jurídico, para a qual não só o momento da manifestação (consenso) importa, mas onde também e principalmente os *efeitos* do contrato na sociedade serão levados em conta e onde a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha em importância.

4. CONTRATO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Pela primeira vez em nosso ordenamento jurídico a Constituição Federal contemplou os direitos do consumidor em seu “*Artigo 5º, inciso XXXII: O Estado promovera, na forma da Lei, a defesa do consumidor*”.

O presente direito do consumidor, originou-se em razão do artigo 48 das Disposições Transitórias, onde determinou que o Congresso Nacional, dentro de 120 dias da promulgação da Constituição Federal, elaborasse o Código de Defesa do Consumidor. Assim, foi promulgada a Lei 8078, de 11 de setembro de 1990.

Antes do advento desse diploma, o consumidor estava desamparado, perante a economia de massa e o poder econômico, público e privado.

Assim, determina o artigo 2º. da Lei 8078/90 sobre a figura do consumidor: “*Art. 2º. Consumidor e toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.*”

No campo dos contratos que por ora nos interessa, foram trazidos para o bojo da lei, além de instrumentos eficazes em favor do consumidor no tocante a responsabilidade objetiva do fornecedor e possibilidade de inversão do ônus da prova carreada para o fornecedor, princípios de direito contratual que a doutrina tradicional já adotava de há muito, na exegese de proteção do contratante mais fraco.

A inversão do ônus da prova caracteriza-se como uma grande conquista para o consumidor²⁴.

²³ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

²⁴ Art. 6 – São direitos básicos do consumidor-
(...)

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

As grandes inovações trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor residem verdadeiramente no campo processual, na criação de novos mecanismos de defesa do consumidor, do hipossuficiente e no tocante a responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos e serviços, que aqui interessa em particular a atividade destes empresários em relação ao seu consumidor.

Ocorre que, o código de Defesa do Consumidor, sendo uma lei protetiva, em linhas gerais, não conflita com os postulados básicos do direito contratual e do direito privado.

O Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, considera nula cláusula contratual incompatível com a boa-fé ou com a equidade, conforme artigo 51, que declara nulas de pleno direito, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento e serviços que obriguem de alguma maneira, o consumidor a agir em desacordo com o direito de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor tem a incumbência de equilibrar as partes e atenuar a desigualdade das partes nos contratos, gerada muitas vezes pela relação contratual com partes economicamente desiguais.

A criação do CDC pode ser entendida pelas palavras de Gabriel Saad:

Na busca do lucro, o que é perfeitamente admissível em nosso regime sócio-político, o empresário tem, nos valores sociais do trabalho, um dos seus limites. Continua ele: Nessa ordem de pensamento, não deixa de ser legítima a conduta do Estado que, por meio de lei, procura coibir eventuais abusos desses empresários (neste código, chamado de “fornecedores”) em dano dos interesses desses consumidores que, na população do país, têm peso maior que o dos trabalhadores. Só nos resta concluir que o CDC é compatível com o artigo 1º, inciso IV da Constituição Federal.²⁵

Diante disto, verifica-se a importância do CDC para o equilíbrio entre partes desiguais, restando a empresa uma visão social dos produtos que propõe ao consumidor ou destinatário final.

5. RESPONSABILIDADE SOCIAL DA EMPRESA

Inicialmente faz-se uma demonstração de algumas definições acerca da Responsabilidade social da empresa.

Para adentrar ao tópico sobre a responsabilidade social da empresa, é importante definir o conceito de empresário e estabelecimento comercial, conforme Código Civil Brasileiro de 2002.

Segundo o Código Civil Brasileiro, empresário é o sujeito de direitos que exerce atividade de empresa, conforme dispõe o artigo 966 do referido diploma legal: “*Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de*

²⁵ GABRIEL SAAD, Eduardo, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 1999, p. 31.

serviços”.

Assim, conceitua-se Empresa como a atividade exercida pelo empresário, buscando a consecução do objeto social através do estabelecimento comercial.

Em relação à função social da empresa, deve-se compreender que a empresa deve estar associada a valorização do trabalho, atendendo seus próprios interesses, com uma visão ligada a atividade do lucro e a manutenção da concorrência, mas não deixando de atribuir a empresa uma certa função social.

Como nos ensina Viviane Coêlho de Séllos Knoerr:

A responsabilidade dos governantes vem se somar à responsabilidade social das empresas do setor privado e à conscientização da sociedade, vez que de interesse comum que se efetivem os direitos fundamentais, permitindo a todos não apenas a busca como também o acesso à felicidade especialmente no que se refere à educação básica de qualidade, saúde pública preventiva e atendimento clínico e hospitalar eficazes e moradia segura, visando a formação de cidadãos comprometidos com a organização da sociedade e trabalhadores capacitados para criar e educar seus filhos sem permitir que os mesmos sejam vítimas de abusos, efetivando a democracia.²⁶

Sobre a importância da função social na empresa, descrevemos o aprovado na Jornada de Direito Civil de 2002: “Deve-se levar em consideração o princípio da função social na interpretação das normas relativas à empresa, a despeito da falta de referência expressa”²⁷.

Por isto, resta imperioso esclarecer que o empresário não pode visar apenas o lucro, mas respeitar a dignidade da pessoa humana, objetivando não apenas o caráter lucrativo de uma empresa, e sim, o interesse primordial de caráter social e respeitando os princípios constitucionais.

Por essa razão, conforme descrito acima, a empresa pode ser economicamente eficiente, mas sem perder o seu caráter social.

Pensar a responsabilidade das empresas é, também, buscar o equilíbrio, ponderar valores numa sociedade que, estruturada segundo um modelo individualista e capitalista, deve atender, também o seu caráter social.

Para atender este caráter social, o presente artigo tenta demonstrar a importância das empresas em trabalhar visando um interesse social, isto é, podendo obter lucro, que é seu intuito principal, mas sem deixar de realizar uma atividade visando um bem social.

Sobre responsabilidade social da empresa sabe-se ser um tema com grande relevância nos dias atuais, e assim, é importante trazer algumas definições

²⁶ SÉLLOS, Viviane Coêlho de. O Problema da Dignidade Humana e os Projetos para Erradicação da Exploração do Trabalho Infantil. In Anais do CONPEDI. Florianópolis: Boiteux, 2006. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/recife/trabalho_justica_viviane_gon-dim.pdf.

²⁷ Enunciado n. 53 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na Jornada de Direito Civil de 2002.

sobre o papel da empresa na responsabilidade social.

Na obra sobre Responsabilidade social corporativa e cidadania empresarial, onde uma das autoras é Patrícia Almeida Ashley, responsabilidade social é definida conforme a seguir²⁸:

como sendo o compromisso que uma organização tem para com a sociedade, expresso por meio de atos e atitudes que a afetem positivamente, de modo amplo, ou a alguma comunidade, de modo específico, agindo proativamente e coerentemente no que tange a seu papel específico na sociedade e a sua prestação de contas para com ela.

Pode-se entender como uma empresa como sendo socialmente responsável, a que se preocupa com determinados interesses sociais, em diferentes níveis.

Sobre o presente tema, o Instituto Ethos traz como definição sobre responsabilidade social da empresa:

A responsabilidade social das empresas tem como principal característica a coerência ética nas práticas e relações com seus diversos públicos, contribuindo para o desenvolvimento contínuo das pessoas, das comunidades e dos relacionamentos entre si e com o meio ambiente. Ao adicionar às suas competências básicas a conduta ética e socialmente responsável, as empresas conquistam o respeito das pessoas e das comunidades atingidas por suas atividades, o engajamento de seus colaboradores e a preferência dos consumidores.²⁹

Fabiane Lopes Bueno Netto Bessa, em seu livro Responsabilidade Social das Empresas, Práticas Sociais e Regulação Jurídica, quando descreve no tópico: Uma concepção Jurídica da Responsabilidade Social das Empresas, onde uma empresa para ser socialmente responsável é necessário a compreensão de que isto é uma obrigação legal e moral.³⁰

Faz ainda, a referida autora, citações do trabalho das professoras argentinas, Liliana Fernández Lorenzo, Norma Geba, Verônica Monts e Rosa Schaposnik, que dizem:

As empresas deveriam responder pelas conseqüências de seu agir e de sua gestão, assumindo tal responsabilidade. As demandas da sociedade para que assumam são cada vez mais numerosas e provêm do governo, de associações de defesa dos consumidores, de sindicatos etc.

²⁸ ASHLEY, P. A.; COUTINHO, R. B. G; TOMEI, P. A., Responsabilidade social corporativa e cidadania empresarial: uma análise conceitual comparativa. XXIV Encontro da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Administração. Anais...Florianópolis, Santa Catarina, 2000.

²⁹ ETHOS, INSTITUTO. Guia de elaboração do Balanço Social. Disponível em <http://ethos.org.br>

³⁰ BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto, Responsabilidade Social das Empresas – Práticas Sociais e Regulação Jurídica. Editora Lumen Juris. 2006.

[...] Para que haja êxito, resulta necessário planejar as ações sociais a empreender, incorporar os objetivos sociais a par dos econômicos e conferir-lhes um designo. Deste modo, a empresa assume sua responsabilidade social, que se refere no atuar cotidiano e no contínuo processo de tomada de decisões em todos os níveis³¹.

Sobre as oportunidades sociais básicas para a equidade e a justiça social, como bem registrou o Prêmio Nobel de Economia Amartya Sen, no contexto dos países em desenvolvimento, há necessidade de política pública na criação de novas oportunidades sociais.

Segue ainda Amartya Sen, descrevendo sobre a importância das criações de oportunidades sociais para o desenvolvimento humano na qualidade de vida³²:

A criação de oportunidades sociais contribui diretamente para a expansão das capacidades humanas e da qualidade de vida. A expansão dos serviços de saúde, educação, seguridade social etc. contribui diretamente para a qualidade da vida e seu florescimento. Há evidências até de que, mesmo com renda relativamente baixa, um país que garante serviços de saúde e educação a todos pode efetivamente obter resultados notáveis da duração e qualidade de vida de toda a população.

Sobre a importância do crescimento econômico para o melhoramento do desenvolvimento humano descreve ainda o autor:

As recompensas do desenvolvimento humano, como vimos, vão muito além da melhoria direta da qualidade de vida, e incluem também sua influência sobre as habilidades produtivas das pessoas e, portanto, sobre o crescimento econômico em uma base amplamente compartilhada.

Como bem consignado por Emerson Gabardo, em sua obra Interesse público e subsidiariedade, no tocante a importância e responsabilidade do Estado nos interesses social, onde descreve sobre os fundamentos econômicos e éticos do Estado social contemporâneo, que diz: *“Cabe ao Estado de bem-estar, com atividade que lhe é própria, responsabilizar-se pelo incremento civilizatório da sociedade, protegendo os indivíduos em face da possibilidade de retrocesso sócio-cultural, socioeconômico e socioambiental”*³³.

³¹ LORENZO, Liliana F. *et.al.* Balance Social cooperativo integral – um modelo argentino baseado em la identidad cooperativa. In: *Cuadernos Del Ipac*: série investigación. Buenos Aires, n.º. 5, 1998.

³² SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*, tradução: Laura Teixeira Motta, revisão técnica: Ricardo Doninelli Mendes. Companhia das Letras, 2010.

³³ GABARDO, Emerson. Interesse público e subsidiariedade. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 15.

6. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E OS CONTRATOS COM OS CONSUMIDORES

A pessoa jurídica, empresa pequena, media ou grande, os detentores do capital, enfim, e o próprio Estado são os que fornecem os bens e serviços para o consumidor final.

Os contratos de consumo são negócios de massa, isto é, o mesmo contrato, com idênticas cláusulas, e imposto a numero indeterminado de pessoas que necessitam de certos bens ou serviços. Não há outra solução para a economia de massa e para a sociedade de consumo.

Por essa razão, o papel da empresa nas relações de consumo deve ter sempre um caráter social, em razão até mesmo de sua natureza jurídica.

Em relação à função social da empresa, deve-se compreender que a empresa deve estar associada a valorização do trabalho, atendendo seus próprios interesses, com uma visão ligada a atividade do lucro e a manutenção da concorrência, mas não deixando de atribuir a empresa uma certa função social.

O direito do consumidor tem a finalidade de equilibrar a relação contratual, para compensar uma desigualdade entre os contratantes, pois de uma lado encontra-se um fornecedor, muitas vezes uma grande empresa, e por outro, o consumidor.

Diante destas afirmações, verifica-se que em todos os contratos realizado pelas empresas com consumidores, deve estar presente a solidariedade social, deve-se resguardar sempre, o interesse da sociedade em prol de um interesse único de uma empresa, que possui melhor meios econômicos.

Quando uma determinada empresa não respeita o consumidor, não poderá aquela ser considerada uma empresa socialmente responsável, isto é, deve respeitar o disposto no Código Civil Brasileiro, quando declama em seu artigo 422 os princípios da probidade e da boa fé objetiva³⁴.

As empresas, com interesse apenas em lucrar em detrimento de um determinado consumidor, após o advento do Código de Defesa do Consumidor deverá passar a adorar procedimentos até então desprezados em sua forma de atuação.

Diante do acima exposto, para que uma empresa seja declarada como socialmente responsável, deverá está ter conhecimento do seu papel na sociedade.

CONCLUSÃO

A sociedade de hoje é imediatista e consumista. Os bens e serviços são adquiridos para serem prontamente utilizados e consumidos, são poucos os bens duráveis, as coisas tornam-se descartáveis. A economia de massa e levada pela mídia dos meios de comunicação.

³⁴ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, com em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé.

Diante deste contexto, cabe ao jurista analisar a posição do contratante individual, aquele que é tratado como Consumidor, o qual consegue, na sociedade capitalista, ser ao mesmo tempo a pessoa mais importante e também mais desprotegida na relação negocial.

Pensar a responsabilidade das empresas é, também, buscar o equilíbrio, ponderar valores numa sociedade que, estruturada segundo um modelo individualista e capitalista, deve atender, também o seu caráter social.

O Código de Defesa do Consumidor surgiu com o dever de proteção do consumidor.

Para Hélio Zaghetto Gama, “O Código de Defesa do Consumidor tem surpreendido aos estudiosos do direito pela forma abrangente que revela na condição de estatuto protecionista. Os seus mecanismos, postos para serem aplicados pelas pessoas envolvidas na relação de consumo, pelas autoridades administrativas e pelo Poder Judiciário, visam às proteções desejadas pela lei e pela sociedade.”³⁵

A empresa dever ser um fator principal para o desenvolvimento e a justiça social. Com seu trabalho visando o bem do cidadão, do consumidor, e não apenas objetivando o lucro, o empresário estará contribuindo com uma sociedade mais justa.

REFERÊNCIAS

ASHLEY, P. A.; COUTINHO, R. B. G.; TOMEI, P. A., *Responsabilidade social corporativa e cidadania empresarial: uma análise conceitual comparativa*. XXIV Encontro da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Administração. Anais. Florianópolis, Santa Catarina, 2000.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; CORRÊA, Felipe Abu-Jamra. Responsabilidade social da empresa e as ações afirmativas: implicações do estatuto da igualdade racial. In KNOERR, Viviane Coêlho de Séllos; TAFURI, José Mário; BORGES, Alexandre Walmott; CAPORLÍNGUA, Vanessa; COSTA, Ilton Garcia da; GIBRAN, Sandro Mansur; HENRIQUES, Ruy Alves filho; MOURA, Luiza; SHIRAI, Masako; OPUSZKA, Paulo Ricardo; SOUZA, Nilson Araújo de (Orgs.). *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito Empresarial e Cidadania*, n. 1, ISSN: 85-87994-75X Online. Curitiba: UNICURITIBA, 2011.

BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. *Responsabilidade Social das Empresas – Práticas Sociais e Regulação Jurídica*. Editora Lumen Juris. 2006.

CAMPELLO, L. G. B. O caminho da cooperação frente aos desafios impostos pela (in) sustentabilidade ambiental. In: *XVII Congresso Nacional do CONPEDI*, 2008, Brasília. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

³⁵ ZAGUETTO GAMA, Hélio, *Curso de direito do consumidor*, 2000, p. 124.

ETHOS, INSTITUTO. *Guia de elaboração do Balanço Social*. Disponível em :<http://ethos.org.br>. 2012.

FIUZA, C. A. C. . Relação Jurídica. In: Alexandre Travessoni et al.. (Org.). *Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito*. Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito. 1. ed. São Paulo: LTr, 2011.

GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

LORENZO, Liliana F. *et al. Balance Social cooperativo integral – um modelo argentino baseado em la identidad cooperativa*. In: Cuadernos Del Ipac: série investigación. Buenos Aires, n.º. 5, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEZZARROBA, Orides (Org.); SILVEIRA, V. O. da (Org.). *Empresa, sustentabilidade e funcionalização do Direito*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. SILVIA, Lígia Neves. *Possibilidades de uma análise econômica do princípio da função social do contrato: trocas, acesso à posições proprietárias e o trabalho*, Revista Direitos Fundamentais & Justiça, PUCRS, ano 5, n.º 16, jul/set 2011.

_____. Uma nova racionalidade administrativa empresarial. In: TONIN, Marta Marília; GEVAERD, Jair. (Org.). *Direito empresarial e cidadania: questões contemporâneas*. Direito empresarial e cidadania: questões contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2004.

PARODI, Ana Cecília; Camila, SCHMITT; VIEIRA, João Rafael Melchior. Fundamentos econômicos do direito empresarial. Exigência de capital social mínimo para constituição de empresa individual de responsabilidade limitada: análise do direito pátrio à luz do direito comparado. In KNOERR, Viviane Coêlho de Séllos; TAFURI, José Mário; BORGES, Alexandre Walmott; CAPORLÍNGUA, Vanessa; COSTA, Ilton Garcia da; GIBRAN, Sandro Mansur; HENRIQUES, Ruy Alves filho; MOURA, Luiza; SHIRAI, Masako; OPUSZKA, Paulo Ricardo; SOUZA, Nilson Araújo de (Orgs.). *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito Empresarial e Cidadania*, n. 1, ISSN: 85-87994-75X Online. Curitiba: UNICURITIBA, 2011.

POMPEU, G. V. M. (Org.). *Estado, Constituição e Economia*. 1. ed. Fortaleza: UNIFOR, 2008.

PORTELA JR, José Carlos. A responsabilidade social da empresa e a erradicação do trabalho escravo. In KNOERR, Viviane Coêlho de Séllos; TAFURI, José Mário; BORGES, Alexandre Walmott; CAPORLÍNGUA, Vanessa; COSTA, Ilton Garcia da; GIBRAN, Sandro Mansur; HENRIQUES, Ruy Alves filho; MOURA, Luiza; SHIRAI, Masako; OPUSZKA, Paulo Ricardo; SOUZA, Nilson Araújo de (Orgs.). *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito Empresarial e Cidadania*, n. 1, ISSN: 85-87994-75X Online. Curi-



tiba: UNICURITIBA, 2011.

ROVER, Aires José (Org.) ; OUTROS (Org.). *Coleção Warat: Epistemologia e ensino do direito*. Florianópolis: Boiteux, 2004.

SÉLLOS, Viviane. *A responsabilidade social empresarial e a efetivação dos programas nacionais visando a erradicação da exploração do trabalho infantil como questão de dignidade humana*. Anima Revista Eletronica, v. VI, p. 4, 2011.

SÉLLOS, Viviane Coêlho de. O Problema da Dignidade Humana e os Projetos para Erradicação da Exploração do Trabalho Infantil. In *Anais do CONPEDI*. Florianópolis: Boiteux, 2006. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/recife/trabalho_justica_viviane_gondim.pdf.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução: Laura Teixeira Motta, revisão técnica: Ricardo Doninelli Mendes. Companhia das Letras, 2010.

SILVEIRA, V. O. (Org.) ; MEZZAROBÀ, O. (Org.). *Justiça e (o paradigma da) eficiência*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____, V. O. María M. Rocasolano . *Direitos Humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, 6. ed.. São Paulo. Atlas, 2006.

ZAGUETTO GAMA, Héli., *Curso de direito do consumidor*, 2000.

5

O CONSUMO CONSCIENTE E A EDUCAÇÃO PARA O CONSUMO COMO FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

MATEUS BERTONCINI

Doutor em Direito do Estado pela UFPR desde 2004. Professor do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Linha de Pesquisa - Atividade Empresarial e Constituição: Inclusão e Sustentabilidade. Líder do grupo de pesquisa “Ética, direitos fundamentais e responsabilidade social”. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. E-mail: mateusbertoncini@uol.com.br.

MARIANA MENDES CARDOSO OIKAWA

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal (ESMAFE) e Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Membro dos grupos de pesquisa “A regulação contemporânea do direito de propriedade empresarial e Estado, modelo econômico e apropriação de bens na sociedade pós-moderna” e “A proteção dos direitos difusos”. Advogada e Professora Universitária. Email: mariana.oikawa@gmail.com

SUMÁRIO: Introdução. 1. Os novos paradigmas da atividade empresarial: o surgimento do Estado Social e a consolidação do princípio da funcionalização social da empresa. 2. Os reflexos da nova racionalidade empresarial sobre as relações contratuais: a superação da lógica comercial liberal, o fim do dogma da autonomia da vontade e a emergência da autonomia privada. 3. O atual conteúdo finalístico da atividade empresarial e o direito do consumidor: uma discussão acerca dos efeitos da nova racionalidade empresarial sobre as relações de consumo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

É certo que hoje o individualismo característico do Estado Liberal não encontra lugar no exercício da atividade empresária. Com a evolução do Estado Social de Direito, a cultura empresarial individualista, voltada apenas para a busca do lucro e do conseqüente enriquecimento proprietário, não mais vigora.

Os ideais que hoje norteiam o nosso Estado, os quais se encontram positivados em nossa Constituição Federal, impõem a mudança do modo de atuação empresária, a qual deve ter por escopo a satisfação dos interesses de toda a sociedade, considerados os proprietários, assim como os não-proprietários.

Esse novo conteúdo finalístico da empresa apresenta reflexos em todos os ramos de atuação desta. O presente estudo analisará a forma com que tal conteúdo passa a informar as relações de consumo, estas inevitavelmente decorrentes do regular exercício da atividade empresarial, com enfoque à necessidade de conscientização do consumidor sobre o ato de consumir.

Nessa perspectiva, tentar-se-á responder ao seguinte problema: o fornecedor tem a responsabilidade de promover o consumo consciente, educando o consumidor quanto ao ato de consumir?

Sobre este contexto é que se desenvolve o presente artigo. Após delineados os objetivos impostos aos empresários pelo Estado Social, deter-se-á a pesquisa na análise da nova racionalidade empresarial, bem como do seu impacto sobre as relações de consumo, alcançando, ao fim, a questão da promoção da educação para o consumo pelo fornecedor.

Para a realização da pesquisa será utilizado o método teórico-bibliográfico, pelo qual serão aplicados textos constantes de livros, artigos e publicações jurídicas no geral. Abordar-se-á o tema de maneira dedutiva e dialética, no que toca especificamente à questão do consumo consciente e da educação para o consumo, na perspectiva da função social da empresa.

1. OS NOVOS PARADIGMAS DA ATIVIDADE EMPRESARIAL: O SURGIMENTO DO ESTADO SOCIAL E A CONSOLIDAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNCIONALIZAÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

a) O abandono do individualismo liberal e o advento do Estado Social

A fim de compreender os novos objetivos à atividade empresarial impostos, faz-se imprescindível o estudo da passagem do Estado Liberal para o Estado Social, destacadas as principais características de cada período, analisadas em contraposição.

Afirma-se serem marco inicial da chamada Idade Moderna as revoluções

burguesas ocorridas no século XVIII, cujo ápice certamente foi a Revolução Francesa iniciada em 1789.

Em oposição aos arbítrios típicos da Idade Média, o movimento revolucionário burguês, alicerçado nos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, foi capaz de colocar abaixo as instituições absolutistas feudais.

A ideologia burguesa, sob a rubrica da igualdade dos indivíduos, pregava a sucessão do homem-súdito pelo homem-cidadão³⁶. Este, ao contrário daquele, teria a sua igualdade legalmente reconhecida, o que lhe garantiria cidadania e imunidade frente aos arbítrios estatais, típicos do feudalismo.

Além disso, o pensamento individualista liberal considerava ser o Estado a maior afronta à liberdade individual, de forma que ela somente seria alcançada se observada a necessária separação entre Estado e sociedade. Consolidou-se, em uma evidente oposição ao posicionamento estatal na Idade Média, a figura de um Estado mínimo, inadmitidas ingerências na esfera privada, aceitando-se apenas o exercício de uma atividade estatal organizadora, nascendo o denominado Estado jurídico³⁷.

Esse Estado jurídico ergue-se, portanto, com base nos princípios liberais, os quais foram propositadamente generalizados de forma a abranger, inicial e teoricamente, toda a sociedade. Contudo, após a burguesia assumir o controle político e econômico desse Estado, o alcance principiológico que a colocou no poder deixa de a ela interessar.

O quadro socioeconômico que decorre da apropriação ilimitada de bens do capitalismo liberal e da atuação estatal mínima, especialmente no período que sucede a Revolução Industrial, acaba por destacar o aspecto meramente formal da tão propalada igualdade. No mundo real mostrou-se falaciosa, uma vez que foram desconsideradas as desigualdades fáticas existentes, as quais levaram, inevitavelmente, a um novo contexto de opressão, agora capitaneado pela nova classe dominante.

Em um contexto de igualdade meramente formal, no qual se evidenciaram as desigualdades materiais, a liberdade também existiu apenas formalmente. Num contexto de tirania exercida pelos proprietários dos bens de produção em face daqueles que nada ou pouco possuíam, a liberdade integrante do famoso dístico da Revolução Francesa não se materializou.

Essa realidade de desigualdades materiais limitadoras da liberdade individual, acaba por conclamar uma nova forma de atuação estatal, agora ativa, fundada no reconhecimento das reais desigualdades e na busca pela justiça social e econômica. Daí o advento do Estado Social. Sobre essa transformação, Norberto Bobbio³⁸ ensina:

³⁶ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 30.

³⁷ BONAVIDES, Paulo. *Op.cit.*, p. 31.

³⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 42.

Da crítica das doutrinas igualitárias contra a concepção e a prática liberal do Estado é que nasceram as exigências de direitos sociais, que transformaram profundamente o sistema de relações entre o indivíduo e o Estado e a própria organização do Estado, até mesmo nos regimes que se consideram continuadores, sem alterações bruscas, da tradição liberal do século XIX.

Erolths Cortiano Junior³⁹ destaca os motivos que a determinaram a transição:

Os mecanismos de desenvolvimento da economia capitalista geram condições estruturais e conjunturais de desagregação de um quadro no qual se confinava o Estado a ser mero garantidor da segurança política, social e jurídica das relações de troca regidas pelo direito privado. Esses mecanismos – por exemplo, a acumulação de capital, o controle monopolístico dos mercados, a dificuldade de acesso à riqueza geram um déficit que opera sobre os planos econômico e social, de tal forma que o Estado se vê compelido a atuar em dois sentidos: em direção ao econômico, por meio de mecanismos de correção de mercado, e em direção ao social, pela recuperação dos excluídos ao sentido social do instituído.

Abandonam-se, desta feita, os exclusivos paradigmas liberais. Reaproximam-se Estado e sociedade, passando esta a exigir daquele uma posição mais ativa na busca da redução das reais desigualdades, proporcionando assim real liberdade aos indivíduos. Assim, em oposição ao Estado Liberal, caracterizado pelas tais constituições de caráter programático e pela economia de mercado, alvo de pouquíssima ingerência estatal, constrói-se o Estado Social, delineado com base nos direitos fundamentais e voltado à concretização deles⁴⁰.

O Estado Social de Direito nasce, portanto, objetivando conciliar a economia capitalista e o bem estar social, o que o faz por meio do reconhecimento constitucional dos direitos sociais fundamentais e da regular intervenção estatal na economia e na propriedade privada⁴¹.

b) O fim do direito absoluto à propriedade e o reconhecimento da sua função social

Para Francisco Cardozo Oliveira, a atividade empresarial constitui o principal modo de exercício da propriedade privada⁴². Tal afirmação afasta

³⁹ CORTIANO JUNIOR, Erolths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 138.

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. *Op.cit.*, p. 31.

⁴¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p.11.

⁴² OLIVEIRA, Francisco Cardozo. Uma nova racionalidade administrativa empresarial. In: GEVAERD, Jair & TONIN, Marta Marília. *Direito empresarial & cidadania: questões*

qualquer dúvida sobre a importância desse instituto na construção dos paradigmas que informam os fins da empresa, justificando a presente etapa da pesquisa que se empreende.

É inegável que a ideia de propriedade remonta os primórdios da história humana⁴³. Contudo, o presente estudo deter-se-á ao enfrentamento do referido instituto no período de transição da Idade Moderna para a contemporaneidade, o qual determinou a construção da nova racionalidade empresarial, estudada neste artigo.

Acerca da concepção liberal de propriedade, destaca Fabiane Lopes Bueno Netto Bessa a influência dos ideais jusnaturalistas em sua construção. De acordo com eles, tanto quanto a vida, a propriedade é um direito natural direito que decorre da própria natureza humana, o qual se legitima pelo trabalho de cada indivíduo⁴⁴. Assim, juntamente com a própria vida e a liberdade, considerava-se a propriedade um direito fundamental e absoluto do indivíduo.

De forma sintética, no Estado liberal, fundado no Direito natural, considerava-se a propriedade privada um direito individual sagrado e inviolável⁴⁵. Este caráter absoluto do direito de propriedade no Estado Liberal servia, obviamente, aos interesses dos proprietários. A apropriação ilimitada de bens mostrava-se imprescindível à manutenção de sua hegemonia no contexto capitalista liberal inaugurado pelos revolucionários.

Com a crise do modelo liberal, o Estado Social assume uma nova posição em relação à propriedade privada, cuja intangibilidade suportava o Estado Liberal. O exercício da propriedade passa a sofrer a intervenção de ideias que, progressivamente, constroem a doutrina da função social da propriedade, a qual toma corpo a partir do século XX. Nesse sentido, Francisco Cardozo Oliveira⁴⁶ afirma:

A propriedade absoluta, entretanto, sujeita apenas à vontade do proprietário, passou a sofrer restrições tendentes a coibir abusos e a preservar o interesse social. As restrições impostas ao exercício dos poderes proprietários, no decorrer do século XX, não chegaram a destruir a essência do direito de propriedade mas, seguramente, alteraram-lhe o conteúdo de forma a harmonizar os interesses do proprietário e os interesses sociais dos não-proprietários. Em torno desta harmonização de interesses, aumentaram as exigências de observância pelo proprietário de imposições de natureza social, de modo a viabilizar a adaptação do exercício dos poderes proprietários a uma realidade social e econômica com

contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2006, p. 123.

⁴³ FRANCISCO, Caramuru Afonso. A propriedade urbana na nova ordem constitucional. In: BITTAR, Carlos Alberto. *A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 17.

⁴⁴ BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. *Responsabilidade social das empresas: práticas sociais e regulação jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 9.

⁴⁵ FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Op. cit.*, p. 19.

⁴⁶ OLIVEIRA, Francisco Cardozo. *Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade*. pp. 110 e 111.

menos ênfase individualista, ainda que orientada pelos valores do liberalismo econômico.

O direito rompe, portanto, com o modelo liberal individualista até então vigente, assumindo novo viés no que se refere ao tratamento do instituto da propriedade privada. No ‘novo’ Estado não mais se mostra suficiente uma percepção de propriedade estritamente privada. Esta se torna socialmente funcionalizada, de modo que a sua atividade passa a ser relacionado também com o bem-estar da comunidade, e não apenas aos interesses de seu proprietário⁴⁷.

A função social passa a condicionar, portanto, o exercício do direito de propriedade ao cumprimento de uma finalidade, qual seja, a consecução do bem-estar coletivo, considerados aspectos sociais, econômicos e ambientais.

É de suma importância destacar que a funcionalização social determina, nas palavras de Erolths Cortiano Junior, o redimensionamento do direito de propriedade, devendo ser entendida como um elemento definidor do atual direito de propriedade, de forma a não mais se admitir a existência de uma propriedade que não cumpra tal função⁴⁸. Daí concluir-se que a função social não pode ser confundida com as limitações impostas ao direito proprietário, uma vez que essas limitações atingem o exercício desse direito, ao passo que a função social atinge a sua substância.

Deve-se deixar claro que a funcionalização social da propriedade com fins de atendimento dos interesses da sociedade não significa, de modo algum, o aniquilamento do instituto da propriedade privada. Esta apenas passa a obedecer a um regime jurídico de caráter público, o qual prevê seu exercício informado por uma função social, a qual impõe certas obrigações ao proprietário⁴⁹.

Insta destacar que, inicialmente, a teoria da função social da propriedade limita-se às construções doutrinárias. Porém, como um desdobramento natural do Estado Social de Direito, acaba ela por encontrar previsão legal nos instrumentos constitucionais.

Especificamente no que se refere ao ordenamento jurídico brasileiro, a questão da finalidade social da propriedade não é recente, remontando a Constituição Federal de 1934, a qual já afirmava que o exercício do direito proprietário não poderia contrariar os interesses sociais e coletivos. A Carta de 1946 também tratava da matéria, porém deu novos e revolucionários contornos a ela ao condicionar o uso da propriedade à consecução do bem-estar social. Ou seja, impôs constitucionalmente ao proprietário o exercício do seu direito em benefício dos demais, não mais sendo suficiente não exercê-lo em prejuízo de

⁴⁷ FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Op.cit.*, p. 20.

⁴⁸ CORTIANO JUNIOR, Erolths. *Op.cit.*, pp. 142 a 143.

⁴⁹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 251.

outrem⁵⁰.

Entretanto, em que pese a previsão anterior, é a Constituição Federal de 1988 que afirma um novo paradigma acerca da funcionalização social da propriedade, consolidando-a como princípio fundamental a permear todo o ordenamento jurídico.

Assim, alçada a função social ao papel de princípio constitucional, pode-se afirmar que em nosso sistema jurídico a propriedade privada pressupõe a sua função social, não havendo, portanto, propriedade privada desfuncionalizada, o que afrontaria a Carta Magna.

Em outros termos, é possível se afirmar que o exercício do direito proprietário conforme a função social da propriedade, é hoje entendida como da essência daquele, o que legitima a propriedade capitalista no contexto da democracia social, nos termos previstos na Constituição da República.

c) A incidência do princípio da função social sobre a empresa

Intrinsecamente ligada à propriedade privada, a empresa também se caracterizava, quando do advento do Estado Moderno, pelos ideais liberais, modelo esse assentado em dois princípios, segundo Vital Moreira⁵¹: liberdade de empresa e liberdade de concorrência, reconduzindo-se ambos a uma ideia geral de liberdade individual e do valor supremo da iniciativa privada para a ordem econômica e social.

E da mesma forma que a propriedade privada, servia a empresa privada exclusivamente aos interesses de seus proprietários, ou seja, para a obtenção do lucro e para a preservação do poder econômico e político.

Evidenciado o contexto de opressão criado pelo modelo capitalista oitocentista, acabou o Estado liberal passando por um longo e intenso processo de transformação política, marcado por crises e revoluções, até alcançar um novo perfil, o de Estado Social e Democrático de Direito. Passando intervir nas bases do sistema econômico, com o advento do Estado Social foram impostas mudanças não só no âmbito da propriedade privada, mas também na esfera da atividade empresarial. Preservando a ordem econômica capitalista, o Estado Social assumiu as demandas sociais, refletidas nos direitos fundamentais de solidariedade e fraternidade.

Como cediço, indiscutível é a importância socioeconômica da atividade empresarial. Essa é, desde a Revolução Industrial, o grande motor da economia e, conseqüentemente, da sociedade.⁵² Para buscar uma mudança social no

⁵⁰ CORTIANO JUNIOR, Erolths. *Op. cit.*, p. 144.

⁵¹ MOREIRA, Vital. *Ordem jurídica do capitalismo*. 3. ed. Coimbra: Editora Centelha, 1978, p. 38.

⁵² BERTONCINI, Mateus; CORRÊA, Felipe Abu-Jamra. Estatuto da Igualdade Racial e suas implicações para a empresa na sociedade pós-moderna. In: *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, vol.11 (2012) p. 173-2011. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/issue/view/17/showToc>. Acessado em: 15.09.2012.

desempenho da atividade econômica privada, necessário mostrou-se a intervenção estatal.

Em um panorama liberal, a empresa voltava-se apenas ao incremento de seus ganhos na busca pelo enriquecimento de seus proprietários. À medida que este panorama se mostra contrário aos interesses sociais, passa o Estado a intervir na atividade econômica, na busca de sua transformação.

Abandona-se, portanto, a premissa liberal de atividade empresarial voltada apenas para a maximização dos lucros em prol de seus proprietários. O Estado Social, na busca pela real liberdade dos indivíduos e pelo fim das desigualdades materiais, intervém na economia atribuindo novos papéis à empresa por meio da sua funcionalização social.

Impõe-se, assim, à atividade econômica, um conteúdo finalístico, conforme ensina Francisco Cardozo Oliveira⁵³:

Esta funcionalização se manifesta através da responsabilidade social da empresa pela redução das desigualdades. Inclui também o respeito à dignidade das pessoas, a que está sujeita qualquer atividade de produção de riqueza, por força dos princípios reitores da ordem econômica constitucional.

A atividade empresarial, desta forma, deve ter comprometimento finalístico com a resolução de problemas que a alocação de recursos humanos e materiais provoca para a sociedade.

A empresa precisa incorporar a ideia de que a redução das desigualdades sociais é, antes de qualquer coisa, tarefa da administração da atividade empresarial. A empresa deve gerar renda e riqueza para proprietários (acionistas) e não-proprietários. Precisa ter comprometimento efetivo com a redução do desemprego e com a eliminação dos efeitos nocivos para a sociedade, provocados pela alocação de recursos e pelas crises do processo de acumulação de capital.

Insta aqui destacar que permanece hígida a função econômica da empresa de produção de riquezas, afinal interessa ao Estado a manutenção da atividade empresarial ante a sua já citada importância econômica.

Contudo a produção de riquezas deve englobar proprietários e não-proprietários, além de observar outros interesses que perpassam a questão econômica. Em resumo, verifica-se a necessidade da empresa desempenhar, juntamente com a sua função econômica, uma função social⁵⁴.

No que se refere à realidade legislativa nacional, nos termos anteriormente tratados, a Constituição Federal de 1988 estabelece um marco no que se refere à função social da propriedade, acolhido como princípio da ordem

⁵³ OLIVEIRA, Francisco Cardozo. Uma nova racionalidade administrativa empresarial. In: GEVAERD, Jair & TONIN, Marta Marília. *Direito empresarial & cidadania: questões contemporâneas*, p.120.

⁵⁴ GOMES, Daniela Vasconcellos. Função social do contrato e da empresa: aspectos jurídicos da responsabilidade social empresarial nas relações de consumo. In: *Desenvolvimento em questão*, jan./jun., ano/vol. 4, n. 7, p. 136.

econômica e financeira, dando a esta os contornos típicos do Estado Social e Democrático de Direito.

O artigo 170 da Carta Magna estabelece que a ordem econômica deve promover a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, de forma a assegurar a dignidade humana e a justiça social. É nesta perspectiva que deve ser entendida a função social da empresa. Sobre o tema, José Afonso da Silva⁵⁵ ensina:

A iniciativa econômica privada é amplamente condicionada no sistema da constituição econômica brasileira. Se ela se implementa na atuação empresarial, e essa se subordina ao princípio da função social, para realizar ao mesmo tempo o desenvolvimento nacional, assegurada a existência digna de todos, conforme os ditames da justiça social, bem se vê que a liberdade de iniciativa só se legitima quando voltada à efetiva consecução destes fundamentos, fins e valores da ordem econômica.

Observe-se que a função social da empresa, assim como a da propriedade privada, assume constitucionalmente posição de princípio fundamental, passando a informar, desta feita, todo o ordenamento. Na busca da dignidade humana e da justiça social, todos os ramos de atuação empresarial são alcançados pela ideia de funcionalização.

Uma vez que da atividade empresária emergem, inevitavelmente, relações de consumo, são essas, obviamente, informadas pelo princípio da função social da empresa, que passa a discipliná-las, alterando a maneira como eramos consumidores até então considerados.

2. OS REFLEXOS DA NOVA RACIONALIDADE EMPRESARIAL SOBRE AS RELAÇÕES CONTRATUAIS: A SUPERAÇÃO DA LÓGICA COMERCIAL LIBERAL, O FIM DO DOGMA DA AUTONOMIA DA VONTADE E A EMERGÊNCIA DA AUTONOMIA PRIVADA

A funcionalização social da empresa acaba por interferir substancialmente nas relações por ela estabelecidas. Objeto do presente estudo, as relações de consumo são certamente atingidas pelos reflexos dessa nova racionalidade empresarial. A fim de analisar os efeitos sobre essas relações, revela-se importante tratar, inicialmente, da lógica comercial liberal.

Como visto, os ideais liberais pugnavam pelo afastamento do Estado, uma vez que consideravam a intervenção estatal na esfera privada uma das grandes ameaças à liberdade individual. Assim, ao Estado Liberal se conferiu uma esfera mínima de atuação, deixando teoricamente livres a sociedade e a economia (instaura-seo denominado Estado jurídico).

Nesse contexto de mínima atuação estatal, regiam-se as relações

⁵⁵ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 794.

contratuais pela autonomia da vontade, segundo preconizado pela teoria contratual tradicional. Nas palavras de Alinne Arquette Leite Novais, a vontade das partes era a única fonte criadora das obrigações contratuais, sendo que as leis tinham como objetivo resguardar essa vontade autônoma e assegurar a realização de seus efeitos⁵⁶.

Como consequência lógica do papel ocupado pelo Estado na Idade Moderna, caracterizava-se a lógica contratual liberal pelo caráter supletivo da aplicação das leis em benefício da plena aplicação da teoria da autonomia da vontade das partes na relação negocial.

Com o advento da Revolução Industrial, inaugura-se uma nova forma de produção. Passa-se a falar em produção massificada, a qual necessitava, para garantir os interesses das empresas industriais pelo lucro, de um consumo igualmente massificado. Com esse intento, passou-se a induzir à uma mudança de hábitos nos indivíduos, introduzindo-os na era do consumo em larga escala.

Importante salientar que essa nova sociedade de consumo pós-Revolução Industrial, deve ser entendida segundo a lógica liberal, de acordo com a qual a empresa voltava-se apenas ao incremento de seus ganhos na busca pelo enriquecimento de seus proprietários. A premissa liberal de atividade empresarial voltava-se apenas para a maximização dos lucros, inobservados quaisquer outros interesses, inclusive os dos consumidores.

Diante desse panorama de consumo massificado informado pela lógica empresarial liberal voltada unicamente aos interesses proprietários, a vontade dos consumidores apresenta-se irrelevante. Com o agigantamento do número de relações comerciais, os contratos passam a ser impostos pelos fornecedores, sem que a eles possam se opor os consumidores.

Com isso, emerge a dúvida quanto à existência de uma real autonomia da vontade das partes envolvidas nessas relações de consumo. Parcela da doutrina chega inclusive a afirmar a substituição da teoria da vontade pela teoria da declaração. Nessa linha, Alinne Arquette Leite Novais⁵⁷ afirma:

[...] essa importância dada à vontade interna, ao individualismo, que, a princípio, era compatível com o fenômeno do liberalismo, tornou-se incompatível com uma inicial, porém crescente, economia de massa, caracterizada pela impessoalidade e pela standardização da relações contratuais. [...]. Não é, portanto, a vontade que constitui a essência do negócio jurídico, sua força criadora. Não se deve levar em conta a vontade do efeito senão a da declaração. Esta é que se torna indispensável. A vontade interna não chega a ser sequer um elemento componente do negócio jurídico, porque não passa de parte passageira de sua gênese, sendo apenas uma causa e não um dos seus elementos constitutivos.

⁵⁶ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2001, p. 48.

⁵⁷ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *Op.cit.*, p. 49.

A produção massificada determina o consumo massificado. O consumo massificado, por sua vez, altera a forma de estabelecimento das relações contratuais. Essas passam a desconsiderar cada vez mais a real vontade dos consumidores, impondo a eles os seus termos no momento da contratação. Em um contexto de mínima intervenção estatal e de máxima profusão dos interesses privados, é natural que abusos ocorram em detrimento dos consumidores.

O Estado Liberal erguido em contraposição à dominação feudal, sob o fundamento da liberdade e da igualdade dos indivíduos, mostra-se igualmente opressor e materialmente desigual.

Com o Estado Social, os paradigmas liberais sofrem transformação. Em linhas gerais, reaproximam-se Estado e sociedade, de forma que aquele passa a intervir gradativamente na esfera privada, sempre com o objetivo de garantir o exercício dos direitos fundamentais, constitucionalmente reconhecidos.

Essa nova conformação estatal determina, como não poderia deixar de ser, uma nova racionalidade empresarial. Transforma-se a racionalidade liberal de atividade empresária voltada apenas para o enriquecimento de seus proprietários, impondo-se, por meio da funcionalização social, um conteúdo finalístico à empresa, para além da restrita obtenção do lucro. Essa deve atentar-se aos interesses proprietários e não-proprietários, os quais abarcam os interesses da sociedade, incluídos os derivados das relações de consumo.

Inaugura-se com o fim do Estado liberal e o advento do Estado Social, uma nova teoria contratual. É evidente que a ideia de que unicamente por meio da vontade das partes criam-se relações contratuais, estabelecendo-se direitos e obrigações sobre as quais não é permitido ao Estado interferir, não se coaduna com a nova realidade da atividade empresarial no contexto do Estado Social.

Essa nova realidade exige que as relações estabelecidas pela empresa baseiem-se na busca da satisfação dos interesses sociais. As relações contratuais assumem nova feição, preocupadas com os seus reflexos na sociedade, conforme ensina Cláudia Lima Marques⁵⁸:

A nova concepção de contrato é uma concepção social deste instrumento jurídico, para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta e onde a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha em importância.

Em outros termos, a responsabilidade das empresas do século XXI não mais se restringe à produção de dividendos, do lucro aos seus proprietários, sócios ou acionistas, devendo tais entidades assumir a nova condição que a Constituição de 1988 lhes atribuiu, de verdadeiras agentes sociais. A esse respeito, Tanya

⁵⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 1999. p. 101.

Kristyane Kozicki de Mello⁵⁹ leciona:

Todavia, tal como as empresas, também a noção de responsabilidade social se modificou, determinando que aquelas redefiniram seus processos de interação com seus distintos públicos, assumindo sua (novel e inadiável) condição de agente social. Afinal, não se trata apenas de buscar lucros respeitando as leis sob as quais devem operar, mas efetivamente dar seu contributo ao desenvolvimento da sociedade na qual se encontram inseridas.

No campo das relações contratuais, supera-se o dogma liberal da autonomia da vontade. Passa-se a falar em autonomia privada. O abandono da autonomia da vontade e a emergência da autonomia privada demonstram o abandono do voluntarismo clássico⁶⁰. Conforme anotado, com a superação do Estado Liberal, a ideia de vontade como única, exclusiva e inquestionável fonte de obrigações contratuais é superada. Inaugura-se uma nova etapa, regida pela ideia de autonomia privada.

Diferentemente da autonomia da vontade, na qual os contratos eram baseados no livre subjetivismo, a autonomia privada, em que pese referir-se à capacidade negocial, encontra limites que perpassam o voluntarismo das partes. Sobre a questão, esclarece Giovanni Ettore Nanni⁶¹:

Efetivamente, a autonomia privada é circundada de limites não apenas ideológicos mas reais e jurídicos, impostos para garantir que as relações jurídicas sejam revestidas daqueles aspectos já citados que decorrem da constitucionalização do direito civil, tais como a liberdade, a justiça social, a igualdade e a solidariedade.

Não há como negar a alteração paradigmática ocorrida nas relações contratuais, a qual teve origem na esfera consumerista. A adoção do princípio da autonomia privada, em detrimento ao da autonomia da vontade, impõe aos contratantes uma série de limites, dentre os quais, deve-se destacar, o da função social. Esta naturalmente deve ser observada no âmbito contratual das relações de consumo.

⁵⁹ MELLO, Tanya Kristyane Kozicki de. Defesa do consumidor e defesa do meio ambiente: a busca por um novo paradigma para a realização de direitos fundamentais. In: *Revista Jurídica*, Curitiba, n. 23, Temática n. 7, p. 151-183, 2009-2. Disponível em: <http://www.unicuritiba.edu.br/sites/default/files/publicacoes/edicoes/20100420010437juridica232009-2.pdf>. Acessado em: 19.09.2012.

⁶⁰ NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. In: LOTUFO, Renan (coord.). *Cadernos de autonomia privada*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 168.

⁶¹ NANNI, Giovanni Ettore. *Op.cit.*, p. 173.

3. O ATUAL CONTEÚDO FINALÍSTICO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL E O DIREITO DO CONSUMIDOR: UMA DISCUSSÃO ACERCA DOS EFEITOS DA NOVA RACIONALIDADE EMPRESARIAL SOBRE AS RELAÇÕES DE CONSUMO

a) A Constituição Federal de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor: uma breve análise dos marcos legais consumeristas

Em um novo contexto, segundo o qual deve a atividade econômica ser exercida conforme a sua função social, certo é que devem os contratos celebrados observarem tal princípio. É esta nova concepção contratual que passa a informar as relações estabelecidas entre fornecedores e consumidores.

Observe-se que, seguindo esta nova ordem, a Constituição Federal de 1988 insere a proteção do consumidor entre as garantias individuais dos cidadãos (art. 5º, inc. XXXII) e como princípio regeedor da ordem econômica e financeira (art. 170, inc. V), incumbindo ao Estado e à empresa a proteção do consumidor.

Em 1990 promulga-se no Brasil o Código de Defesa do Consumidor, o qual tem por fim consolidar os paradigmas constitucionais que passaram a informar as relações consumeristas. Dentre eles, o direito à educação e à informação do consumidor⁶², e o dever de informação do fornecedor⁶³.

Destaca-se, ainda, como reflexo do Código de Defesa do Consumidor na atividade empresarial, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor,⁶⁴ princípio que visa a restabelecer o equilíbrio da relação contratual e promover a igualdade material entre os contratantes⁶⁵.

Além dessa questão, é importante destacar que o ordenamento jurídico prevê o dirigismo contratual público. Como uma consequência imediata da nova racionalidade empresarial, impõe-se às relações contratuais de consumo a

⁶² Art. 6º São direitos básicos do consumidor

(...)

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentam;

⁶³ Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

⁶⁴ 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:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

(...).

⁶⁵ NANNI, Giovanni Ettore. *Op.cit.*, p. 168.

ingerência estatal em nome da proteção dos direitos das partes hipossuficientes em tais relações⁶⁶.

Verifica-se que a nova racionalidade empresarial, inaugurada com o Estado Social e Democrático de Direito, reflete-se no tratamento legislativo das relações de consumo. No caso brasileiro, tal reflexo acaba por determinar o reconhecimento constitucional da necessidade de proteção do consumidor como um direito fundamental, bem como a promulgação de uma lei específica sobre a questão, considerada marco mundial no tratamento da matéria.

b) O conteúdo finalístico da atividade empresarial que determina efeitos contratuais e extracontratuais nas relações de consumo: a obrigatoriedade de conscientização e de promoção da educação para o consumo pelos fornecedores

Diferentemente do que ocorria sob a égide do Estado Liberal, no qual aos indivíduos era imposta a vontade dos fornecedores, sem que lhes fosse permitida qualquer interferência na relação estabelecida, deve buscar a nova racionalidade empresarial o estabelecimento de relações pautadas na consciência do consumidor.

Nesse contexto, um dos reflexos decorrentes da função social da atividade empresária no âmbito contratual, deve ser no sentido de informar o consumidor acerca do contrato que lhe está sendo apresentado, de forma a tornar aquele ato de consumo em consumo consciente.

Em outras palavras, devem as empresas possibilitar que os consumidores, no ato da contratação, realizem escolhas responsáveis por meio da informação completa acerca do produto ou do serviço oferecido. Nessa linha, Francisco Cardozo Oliveira⁶⁷ destaca:

No campo dos interesses do consumidor, a empresa deve necessariamente preservar a ideia de consumo como ato de cidadania, de acesso a bens, de expressão de uma espécie de direito a ser proprietário que permite às pessoas na sociedade de consumo, manter e preservar o bem-estar pessoal e social. O consumidor não pode ser reduzido à figura desumanizada de ser desejante do consumo de bens e serviços, numa sociedade em que esse desejo não pode ser razoavelmente satisfeito. O consumo deve ser visto como expressão da satisfação de necessidades, estritamente conectada a um princípio econômico de produção qualitativa de bens e serviços.

Verifica-se que a funcionalização da empresa acaba por determinar um movimento de consumo cidadão, de consumo consciente. O consumidor, dentro desta nova ótica, não mais pode ser visto como um simples meio de satisfação dos interesses empresários de lucro. Ele deve ser visto como o cidadão que é, com as

⁶⁶ NOVAIS, Alinne Arguette Leite. *Op.cit.*, p. 91.

⁶⁷ OLIVEIRA, Francisco Cardozo. *Uma nova racionalidade administrativa empresarial*, p. 124.

garantias que lhe são conferidas e com as necessidades que lhe são inerentes. A ele não devem ser apresentadas, a todo minuto, novas necessidades com o único fito de estimular o consumo desenfreado.

Deve-se, em suma, proporcionar ao consumidor a real possibilidade de opção de consumir ou não consumir, incentivando-se um esforço de reflexão acerca das suas reais necessidades. Feita a opção consciente pelo consumo, deve ser ao consumidor possibilitado, por meio da mais ampla e correta informação, escolher o produto ou o serviço de acordo com os reflexos destes não só em sua esfera pessoal, mas considerando também reflexos sociais, econômicos e ambientais.

A função social deve informar não apenas as relações contratuais, mas sim toda a atividade empresarial. Neste sentido, importante destacar o papel desta na promoção de educação para o consumo para a sociedade em geral.

Ora, não há dúvida que a conscientização deve ultrapassar o ato pontual de consumo. Evidente que deve a empresa possibilitar ao consumidor refletir conscientemente sobre uma determinada contratação, pela via da informação precisa e clara. Contudo, deve-se ir além. Diante do conteúdo finalístico que se impõe às empresas, elas necessitam atuar de forma a alterar a posição da sociedade frente ao consumo, proporcionando aos cidadãos, indistintamente, educação para o consumo, de acordo com as especificidades de sua atividade. É o caso, por exemplo, do descarte de baterias de telefones celulares, prejudiciais ao meio ambiente.

Somente assim, observados e assegurados os mencionados efeitos contratuais e extracontratuais da atividade empresária informada pela nova racionalidade que se impõe desde o advento da Constituição Federal, complementada pelo Código de Defesa do Consumidor, que se atingirá uma sociedade mais justa, fundada no respeito à dignidade de todos os cidadãos.

CONCLUSÃO

Objetivou o presente artigo demonstrar que as relações de consumo são diretamente influenciadas pela nova racionalidade que foi imposta à atividade empresarial com o advento do Estado Social e Democrático de Direito.

Nos termos analisados, a ideia de lucro pelo lucro, a qual durante muito tempo informou a atividade empresária, não mais tem lugar no Estado em que vivemos. Não é mais possível conceber um modelo de empresa individualista, cuja atividade esteja exclusivamente voltada ao enriquecimento proprietário. Hoje, exige-se que a empresa atinja outros fins além dos econômicos, de forma a beneficiar com a sua atividade toda a coletividade, e não a ela apenas.

A Constituição Federal, abarcando as mudanças informadas pelo advento do Estado Social, determina expressamente a necessidade de promoção da dignidade humana e da justiça social pela atividade empresária. Nesse

contexto, certo é que tais objetivos não podem ser atingidos, caso as empresas atuem em descompasso com esses postulados, desrespeitando os consumidores. Ou seja, insere-se nesta nova racionalidade empresarial a questão consumerista.

Passa a relação de consumo a ser observada com outros olhos pelo Estado. Reconhece-se em favor do consumidor o desequilíbrio da relação, determinando-se a ingerência estatal no sentido de equilibrá-la. O reconhecimento da hipossuficiência do consumidor e o dirigismo contratual público são os grandes reflexos legislativos da nova racionalidade empresarial nas relações consumeristas.

Deve-se observar que os reflexos acima indicados fazem referência ao tratamento do Estado às relações de consumo. Contudo, a funcionalização social da empresa a obriga a ter comportamentos positivos no sentido de promover o bem-estar social, independentemente da atuação estatal direta.

Em um contexto de massificação do consumo, o qual acaba por determinar a celebração de contratos sem a possibilidade de discussão do seu teor no momento de sua perfectibilização, entende-se que a nova racionalidade empresarial impõe ao fornecedor o dever de promover o consumo consciente.

O consumidor não pode mais ser visto como um elemento carente de vontade e senso crítico no jogo do consumo massificado. Ele deve ser encarado como um cidadão, cujo consumo serve à satisfação das suas reais necessidades. Visando desconstituir a lógica liberal, deve a atividade empresarial promover a conscientização para o consumo, por intermédio da informação.

Observe-se aqui que, contrariando a lógica que ainda informa muitas empresas, não é só do Estado e do consumidor o dever de promover uma política de consumo racional. A atividade empresarial também deve ser desenvolvida com tal objetivo, em razão de sua função social, definida por intermédio dos princípios constitucionais da ordem econômica, dentre os quais se destaca o respeito ao consumidor.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. *Responsabilidade social das empresas: práticas sociais e regulação jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.

BERTONCINI, Mateus; CORRÊA, Felipe Abu-Jamra. Estatuto da Igualdade Racial e suas implicações para a empresa na sociedade pós-moderna. In: *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, vol.11 (2012) p. 173-2011. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/issue/view/17/showToc>. Acessado em: 15.09.2012.

CHESNAIS, François. *A mundialização do capital*. São Paulo: Xamã, 1996.

CORTIANO JUNIOR, Erolths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do Direito das Relações de Consumo*. Curitiba: Juruá, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*. Porto Alegre, 2003.

FRANCISCO, Caramuru Afonso. A propriedade urbana na nova ordem constitucional. In: BITTAR, Carlos Alberto. *A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMES, Daniela Vasconcellos. Função social do contrato e da empresa: aspectos jurídicos da responsabilidade social empresarial nas relações de consumo. In: *Desenvolvimento em questão*. jan./ jun., ano/ vol. 4, n. 7, p. 127 a 152.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A Monografia Jurídica*. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. Direito à cidade: moradia, atividade empresarial e sustentabilidade. In: *Revista Jurídica Curitiba*, n. 23.

_____. *Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Uma nova racionalidade administrativa empresarial. In: GEVAERD, Jair & TONIN, Marta Marília. *Direito empresarial & cidadania: questões contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 1999. p. 101.

_____. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de créditos e securitários e o código de defesa do consumidor: informação, cooperação e renegociação. In: *Revista de Direito do Consumidor*. jul./ set. 2002, v. 11, n. 43. p. 215 a 257.

MELLO, Tanya Kristyane Kozicki de. Defesa do consumidor e defesa do meio ambiente: a busca por um novo paradigma para a realização de direitos fundamentais. In: *Revista Jurídica*,

Curitiba, n. 23, Temática n. 7, p. 151-183, 2009-2. Disponível em: <http://www.unicuritiba.edu.br/sites/default/files/publicacoes/edicoes/20100420010437juridica232009-2.pdf>. Acessado em: 19.09.2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, Vital. *Ordem jurídica do capitalismo*. 3.ed. Coimbra: Editora Centelha, 1978.

NALIN, Paulo. *Princípios de Direito Contratual*. Curitiba: Juruá, 2004.

NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. In: LOTUFO, Renan (coord.). *Cadernos de autonomia privada*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 155 a 225.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2001.

REQUIÃO, Rubens. A função social da empresa no estado de direito. In: *Anais da Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*. Curitiba, 1978.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do Consumidor*. 6 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2009.

6

A FUNÇÃO SÓCIO-SOLIDÁRIA DA EMPRESA PRIVADA E O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

SAMYRA HAYDÊE DAL FARRA NASPOLINI SANCHES

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, pesquisadora e professora do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho (UNINOVE), professora colaboradora do Mestrado em Direito do UNIVEM.

VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA

Pós-Doutor em Direito pela UFSC, Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP, Professor da UNINOVE e PUC/SP, Diretor do Centro de Pesquisa em Direito e Coordenador do Mestrado da UNINOVE, Ex-Presidente do Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito – CONPEDI.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A terceira dimensão dos direitos humanos e os direitos de solidariedade. 2. Direito ao desenvolvimento sustentável. 3. A Função sócio-solidária da empresa. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo verificar como os direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento sustentável, comprometem a empresa privada com a sua efetivação.

Para tanto, investiga a formação histórica dos direitos de solidariedade de terceira dimensão, a evolução da concepção acerca do desenvolvimento e o paradigma do Direito na contemporaneidade, que traz para a empresa privada tanto a responsabilidade social como a solidária.

A problemática enfrentada pela pesquisa é qual a obrigação da empresa privada com o desenvolvimento sustentável e o que autoriza exigir da mesma ações no sentido de implementá-lo. A hipótese da pesquisa é a de que há vinculação e responsabilidade da empresa privada com o desenvolvimento sustentável, em virtude da função sócio-solidária imposta às empresas pelos direitos de igualdade e de solidariedade.

Para responder ao problema enfrentado, o artigo dividir-se-á em vários itens que compõem o seu desenvolvimento. No primeiro serão conceituados os

direitos de solidariedade e realizar-se-á um resgate da historicidade dos mesmos com o intuito de verificar o seu alcance. No segundo item abordar-se-á o direito ao desenvolvimento, seu conceito e evolução para desenvolvimento sustentável. Na terceira e última parte, a pesquisa dedicar-se-á ao estudo da empresa, dos princípios constitucionais que regem a sua atividade e a normatização internacional que busca regular as suas obrigações.

A relevância da atual pesquisa encontra-se no fato de que na atualidade, com a globalização e o neoliberalismo, as empresas têm ocupado cada vez mais o espaço político e econômico nas sociedades nas quais estão inseridas. Por outro lado, os direitos humanos surgidos na terceira dimensão, reflexos das necessidades históricas da atualidade, situam-se dentro do paradigma da solidariedade, no qual pode-se falar na convergência de sujeitos como o poder público, o sujeito particular, as empresas e a coletividade como ao mesmo tempo sujeitos desses direitos e responsáveis pela sua proteção e concretização.

Trata-se de um artigo de caráter exploratório e de revisão conceitual, que buscará investigar, pela técnica da pesquisa bibliográfica, os principais conceitos necessários para atingir o objetivo almejado.

1. A TERCEIRA DIMENSÃO DOS DIREITOS HUMANOS E OS DIREITOS DE SOLIDARIEDADE

Inicialmente é preciso esclarecer alguns conceitos que serão utilizados neste item do artigo. Adotar-se-á o termo “dimensão” de direitos humanos em detrimento do termo “geração”, uma vez que esse último dá a ideia de sobreposição de uns direitos sobre os outros, o que não ocorre com os Direitos Humanos. Além disso, segundo Willis Santiago Guerra Filho:

Mais importante é que os direitos ‘gestados’ em uma geração, quando aparecem numa ordem jurídica que já traz direitos de uma geração sucessiva, assumem outra dimensão, pois os direitos de geração mais recentes tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e consequentemente melhor realizá-los.⁶⁸

Todavia, importante destacar que o caráter histórico ou dinamogênico torna-se essencial para o correto entendimento do tema da afirmação e efetividade destes direitos, haja vista que descontextualizados, os mesmos se enfraquecem ao mesmo tempo que perdem sentido, favorecendo assim retrocessos, principalmente sociais.

Os direitos do homem constituem uma classe variável como a história deste s últimos século demonstra abundantemente. O elenco dos direitos do homem modificou-se e continua a se modificar com a mudança das condições históri-

⁶⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, 2001, pp. 46-47.

cas, ou seja, das necessidades, dos interesses, das classes no poder; dos meios disponíveis para a sua realização, das transformações técnicas, etc (...)Direitos que tinham sido declarados absolutos em fins do século XVIII, como a propriedade *sacré et inviolable*, forma submetidas a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas reentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento, nem se quer podemos imaginar; como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens.”

Por outro lado, optou-se por não reduzir a concepção de Direitos Humanos à sua dimensão normativa, jurídica, uma vez que considera os Direitos Humanos como:

conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional⁶⁹.

Importante salientar, que a história dos Direitos Humanos é a história das lutas e das conquistas da humanidade em determinados contextos históricos, políticos e sociológicos considerados violadores de sua dignidade, pelas condições injustas e desumanas que as impõem. Neste sentido David Sanchez Rubio concebe os Direitos Humanos a partir de dois referenciais:

como articulação de tramas e processos sociais, políticos, econômicos, culturais e jurídicos, de abertura e como a consolidação de espaços de luta por concepções particulares de dignidade humana⁷⁰.

Por esta razão, a pauta de direitos humanos, nunca é uma pauta acabada. Na medida em que a sociedade se complexifica e os processos econômicos e tecnológicos vão criando novos contextos e possibilidades de situações e fatos sociais antes inimagináveis, surgem novas necessidades de proteção à dignidade humana e novos sujeitos de direitos a serem protegidos.

Assim, os Direitos Humanos serão aqui considerados como fruto de diversas variáveis históricas fazendo com que não seja possível “atribuir fundamento absoluto a direitos historicamente relativos”⁷¹ e que surgem na vida jurídica mediante um processo dinâmico.

⁶⁹ LUÑO, Antonio Henrique Perez. *Derechos humanos, estado de derecho e Constitución*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999, p. 43.

⁷⁰ RUBIO, David Sanchez. *Fazendo e Desfazendo os Direitos Humanos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010, p. 122.

⁷¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 18.

No processo da *dinamogenesis*, a comunidade social inicialmente reconhece como valioso o valor que fundamenta os direitos humanos (dignidade da pessoa humana). Reconhecido como valioso, este valor impulsiona o reconhecimento jurídico, conferindo orientação e conteúdos novos (liberdade, igualdade, solidariedade etc.) que expandirão o conceito de dignidade da pessoa. Essa dignidade, por sua vez, junto ao conteúdo dos direitos humanos concretos, é protegida mediante o complexo normativo e institucional representado pelo direito.⁷²

Verifica-se, assim, que a distinção dos direitos humanos em gerações, ou dimensões, dá-se muito mais por motivos didáticos, utilizando-se a classificação em três gerações cunhada por Karel Vasak⁷³: a primeira os direitos de liberdade, a segunda os direitos de igualdade e a terceira os direitos de fraternidade, realizando um paralelo com o lema da revolução francesa. Porém, outros autores já falam em quarta e quinta dimensões de direitos humanos.

Como o foco do presente artigo são os Direitos de Solidariedade, a compreensão dos mesmos só pode ser alcançada mediante um resgate histórico das dimensões dos direitos humanos para chegar até a terceira dimensão onde os Direitos de Solidariedade se situam.

Historicamente, pode-se encontrar o fundamento da primeira dimensão dos Direitos Humanos na teoria jurídica designada de Direito Natural, que está situada nos séculos XVII e XVIII⁷⁴, e foi elaborada em um intenso período de eventos históricos, como o desenvolvimento capitalista do mercado, o fim da cristandade, a conquista da América e a afirmação do Estado nacional.⁷⁵

Direitos inatos oriundos da razão, estado de natureza e contrato social foram, os principais conceitos que caracterizaram o jusnaturalismo deste período e “permitiram a elaboração de uma doutrina do Direito e do Estado a partir da concepção individualista de sociedade e da história, que marca o aparecimento do mundo moderno.”⁷⁶

Assim, pode-se situar o surgimento dos Direitos Humanos de primeira

⁷² SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 199.

⁷³ ILVEIRA, Vladimir Oliveira da; CATTI PRETA, Suzana Maria. Política nacional de resíduos sólidos e a responsabilidade compartilhada entre poder público, setor empresarial e a coletividade. IN: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEZZARROBA, Orides. *Empresa, Sustentabilidade e Funcionalização do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 312.

⁷⁴ NASPOLINI SANCHES, Samyra. H D. F. Direitos humanos e empresa privada no Brasil. IN: COUTO, Mônica Bonetti. (Org); MAILLART, Adriana Silva (Org); MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro (Org); MEZZARROBA, Orides (Coord); NASPOLINI SANCHES, Samyra. H D. F. (Org); SILVEIRA, Vladimir Oliveira da (Coord). *Empresa, sustentabilidade e funcionalização do direito*. São Paulo: Editora Livraria dos Tribunais, 2011, pp. 294-307.

⁷⁵ LIMA LOPES, José Reinaldo de. *O direito na história: lições introdutórias*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 179.

⁷⁶ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das letras, 1988, p. 38.

dimensão, no Estado Moderno Liberal, que nasce devido à busca de um limite ao poder soberano, sendo a razão desse limite os direitos inerentes ao homem, os quais couberam ao Estado preservar.

Com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, ou Estado de Bem estar Social, ou Estado Providência, surgiu a necessidade de garantia de novos direitos, os direitos sociais, ditos de segunda dimensão. Como explica Vladimir de Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocasolano, esses direitos, reivindicados pelos movimentos sociais dos séculos XIX e XX:

surgiram após conquistas históricas dos direitos individuais ou de primeira geração. Eles traduziram uma próxima fase da evolução histórica dos direitos humanos, reivindicando um reposicionamento do Estado diante de um novo patamar mínimo de necessidades humanas⁷⁷.

Nesta nova fase, os direitos humanos exigirão do Estado um posicionamento ativo, prestacional, no sentido de atender às necessidades humanas como exigência da preservação da sua dignidade. Surgem aqui, os direitos econômicos, culturais e sociais, tais como os trabalhistas e previdenciários.⁷⁸

Com o fim da Segunda Guerra Mundial inicia-se o processo de universalização e internacionalização dos Direitos Humanos, uma vez que se tornaram uma legítima preocupação internacional, encerrando-se um período no qual perdurou a concepção de que a forma como o Estado tratava seu povo era concebida como um problema de jurisdição exclusivamente doméstica devido à soberania. Ao contrário, a relação do Estado com os seus nacionais passou a ser uma problemática internacional.⁷⁹

O processo de universalização e internacionalização dos Direitos Humanos trouxe a necessidade de implementação desses mediante a criação de um Sistema Internacional de proteção, monitoramento e controle⁸⁰, o qual foi dividido em Sistema Global de proteção e Sistema Regional de proteção, esses não substituem os tribunais internos e não são tribunais de recurso ou cassação, ao contrário, trata-se de direito subsidiário e complementar ao direito nacional. O Estado tem a responsabilidade primária pela proteção desses direitos e a comunidade internacional tem a responsabilidade subsidiária, porém os atos internos dos

⁷⁷ SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.175.

⁷⁸ Ver a respeito: BENACCHIO, Marcelo; NASPOLINI SANCHES, Samyra. H D. F. A efetivação dos direitos humanos sociais no espaço privado. IN: BAEZ, Narciso; BRANCO, Gerson Luiz Carlos; PORCIUNCULA, Marcelo. (Orgs). *A problemática dos direitos humanos fundamentais na América latina e Europa: desafios materiais e eficaciais*. Joaçaba: Editora da UNOESC, 2012, pp. 377-422.

⁷⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

⁸⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Estados podem vir a ser objeto de exame dos tribunais internacionais.⁸¹

O Sistema Global de proteção é composto pela Carta das Nações Unidas de 1945, integrada posteriormente pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e pelos dois Pactos Internacionais de 1966: o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Ambos os Pactos possuem como principal objetivo dar concretude aos direitos já consagrados na Declaração Universal, “atribuindo-lhes valor jurídico na acepção positivista – o que os tornaria obrigatórios. No mesmo sentido, criou vinculações para os Estados-partes, abrindo a possibilidade de responsabilizá-los no plano internacional por atos atentatórios aos direitos humanos.”⁸²

Nessa fase inaugura-se uma nova dimensão dos Direitos Humanos, a terceira, que trará uma nova concepção para esses direitos. Ao mesmo tempo sintetizando e superando os direitos de primeira e segunda dimensão, ou seja, os individuais de liberdade e os sociais de igualdade, a terceira dimensão traz a ideia de direitos de solidariedade, cujo sujeito é difuso. Neste sentido:

O fundamento dos direitos de solidariedade está numa nova concepção de Estado, de ordem internacional e de relacionamento entre os povos, mas também - e principalmente - na realização efetiva dos direitos anteriores, a que se somam novos direitos não mais individuais ou coletivos, mas difusos. Nesta ótica, o respeito à soberania de um Estado deve compatibilizar-se com seu dever de cooperar com os demais, o que implica admitir como válidos direitos reconhecidos pela comunidade internacional – leia-se, pela consciência humana.⁸³

Assim, os direitos de solidariedade expressam-se como direito à paz, meio ambiente sadio, autodeterminação dos povos e desenvolvimento econômico. O direito ao meio ambiente e ao desenvolvimento econômico são unificados por muitos autores como direito ao desenvolvimento sustentável. O direito ao meio ambiente sadio e ao desenvolvimento econômico foram unificados, por muitos autores, como direito ao desenvolvimento sustentável. Em um mundo globalizado e em um contexto econômico de capitalismo avançado há um número cada vez maior de situações e condutas humanas que exigem do Estado ações de proteção e de prestação.

Esse novo Estado, palco dos direitos de solidariedade, é definido como Estado Constitucional Cooperativo, que substitui o Estado Nação, uma vez que alia o direito constitucional interno com o direito internacional visando a coo-

⁸¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁸² SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 158.

⁸³ SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.177.

peração no sentido da concretização dos direitos humanos.⁸⁴ Segundo Häberle o estado Constitucional Cooperativo:

É o Estado que justamente encontra a sua identidade também no Direito Internacional, no entrelaçamento das relações internacionais e supranacionais, na garantia da cooperação e responsabilização internacional assim como no campo da solidariedade. Ele expressa, com isso, a necessidade internacional de políticas de paz.⁸⁵

Porém, os direitos de solidariedade, não só relativizam a soberania dos Estados, mas os comprometem com a pauta de direitos, além do poder público, também o sujeito particular, as empresas e a coletividade. Por essa razão são chamados direitos de solidariedade, uma vez que expressam necessidades e anseios comuns a toda a humanidade, cuja concretização depende da ação de todos.

Por esta razão, a terceira dimensão traz à tona a questão da função solidária dos direitos, que segundo Vladimir Oliveira da Silveira⁸⁶ pode ser assim definida:

Aquela decorrente da terceira dimensão dos direitos humanos, ou seja, a funcionalidade dos direitos difusos, sejam eles consumerísticos, ambientais ou outros. Portanto, se a segunda geração de direitos humanos trouxe a função social ao lado dos direitos sociais (gênero), a terceira introduziu a função solidária ao lado dos chamados direitos difusos. [...] Diferenciamos as expressões em razão do tipo de compatibilização de direito e interesses, além do valor hegemônico determinante das relações jurídicas.

O comprometimento com os direitos humanos do sujeito particular, das empresas e da coletividade, remete à uma outra questão importante a ser investigada ainda neste item do trabalho, a questão da eficácia ou efeito horizontal dos direitos humanos.

Para falarmos em efeito horizontal dos direitos humanos, é preciso pensar nestes direitos tornados direitos fundamentais a partir da sua incorporação pela Constituição de determinado estado específico.

Segundo Vieira:

Embora incorporados pelo direito positivo, os direitos fundamentais continuam a partilhar de uma série de características com o universo moral dos direitos da pessoa humana. Sua principal distinção é a positividade, ou seja, o

⁸⁴ SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 89 e seguintes.

⁸⁵ HÄBERLE, Peter. *O estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 4.

⁸⁶ SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; CATTI PRETA, Suzana Maria. Política nacional de resíduos sólidos e a responsabilidade compartilhada entre poder público, setor empresarial e a coletividade. IN: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEZZARROBA, Ordes. *Empresa, Sustentabilidade e Funcionalização do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p 312.

reconhecimento por uma ordem constitucional em vigor.⁸⁷

Ao efeito vinculante dos Direitos Fundamentais que obriga o Estado não só a abster-se de intervir na liberdade e garantias do indivíduo, ou seja, os direitos ditos negativos com relação ao Estado, mas também de prestar determinados serviços e assistência, ou seja, os direitos ditos positivos como no caso dos direitos sociais, dá-se o nome de eficácia vertical dos Direitos Fundamentais.⁸⁸

Porém, cada vez mais, firma-se a teoria de que os efeitos dos Direitos Fundamentais não se reduziriam ao Estado, ou seja, não é somente o Estado o destinatário dos Direitos Fundamentais, uma vez que o particular também não pode violá-los, neste caso se estaria falando em eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais. Esta teoria elaborada na segunda metade séc. XX, baseia-se na ideia de superação da concepção de Direitos Fundamentais somente como direitos exigíveis em face do Estado, mas como um sistema de valores oponíveis a todos, tanto ao estado, quanto aos outros cidadãos.

O entendimento sobre a eficácia vinculante dos Direitos Fundamentais aos particulares suscita algumas divergências, porém, ainda que a vinculação não pareça tão evidente quando se trata dos direitos de liberdade e igualdade, ou seja, primeira e segunda dimensões, revela-se absolutamente necessária quando se trata dos direitos de solidariedade, ou seja, de terceira dimensão.

Ao efeito vinculante vertical dos Direitos Fundamentais dá-se o nome de dimensão jurídico-subjetiva dos Direitos Fundamentais, enquanto que ao efeito vinculante horizontal dá-se o nome de dimensão jurídico-objetiva.

Para Wilson Steinmetz, a partir da teoria da dupla dimensão, a subjetiva e a objetiva dos Direitos Fundamentais:

fundamenta-se o efeito irradiante dos direitos fundamentais, os direitos fundamentais como direitos a proteção do indivíduo e deveres de proteção do estado (mandamentos de atuação estatal), a vinculação positiva do legislador aos direitos fundamentais e a vinculação dos particulares a direitos fundamentais.⁸⁹

De especial valor para a presente pesquisa é a constatação de Daniel Sarmiento de que com a dimensão objetiva consagra-se o reconhecimento de que os Direitos Fundamentais expressam os valores mais relevantes de determinada comunidade política, e que o zelo e a defesa desses direitos não é mais exclusivamente uma função do Estado, mas desta comunidade. Ampliando o foco dos Direitos Fundamentais para os Direitos Humanos, o autor constata:

⁸⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 36.

⁸⁸ DIMOLIUS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2008.

⁸⁹ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 105.

Neste sentido é preciso abandonar a perspectiva de que a proteção dos direitos humanos constitui um problema apenas do Estado e não também de toda a sociedade. A dimensão objetiva liga-se a uma perspectiva comunitária de direitos humanos, que nos incita a agir em sua defesa, não só através dos instrumentos processuais pertinentes, mas também no espaço público, através de mobilizações sociais, da atuação de ONG's e outras entidades, do exercício responsável do direito de voto.⁹⁰

Estudados os termos e conceitos fundamentais para a compreensão dos direitos de solidariedade, passaremos, no próximo item a estudar um desses direitos em específico, o direito ao desenvolvimento sustentável.

2. DIREITO AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Como vimos, os direitos surgidos na terceira dimensão, reflexos das necessidades históricas da atualidade, situam-se dentro do paradigma da solidariedade, no qual pode-se falar na convergência de sujeitos como o poder público, o sujeito particular, as empresas e a coletividade como ao mesmo tempo sujeitos desses direitos e responsáveis pela sua proteção e concretização.

É o que ocorre com o direito ao desenvolvimento sustentável, fruto da junção entre o direito ao desenvolvimento e o direito ao meio ambiente sadio. A prática da sustentabilidade reflete a preocupação não só com o desenvolvimento, mas como a qualidade de vida da sociedade e das futuras gerações.

Neste sentido, importante também esclarecer a utilização dos termos empregados neste item, cuja compreensão torna-se necessária para a conclusão final do artigo.

O direito ao desenvolvimento apresenta-se como a dimensão atual, por excelência, dos direitos humanos econômicos, que a partir da segunda metade do século XX, podem ser definidos como um conjunto de valores consagrados em instrumentos jurídicos internacionais e/ou nacionais, “destinados a fazer respeitar e concretizar as condições de vida que possibilitem a todo ser humano manter e desenvolver suas qualidades peculiares de inteligência, dignidade e consciência, e permitir a satisfação de suas necessidades materiais e espirituais.”⁹¹

O direito ao desenvolvimento, como desdobramento dos direitos humanos econômicos, apresenta-se numa prerrogativa inerente à natureza humana, atuando na esfera particular de cada cidadão e perante as sociedades como um todo, surgindo daí a necessidade de o Estado elaborar e consagrar políticas públi-

⁹⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, pp. 106 – 107.

⁹¹ ALMEIDA, Fernando Barcellos. *Teoria geral dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996, p. 24.

cas voltadas para a sua concretização.⁹²

Os direitos econômicos, sociais e culturais são considerados pontos-chaves do direito internacional ao desenvolvimento, como assinala o primeiro dos Princípios Limburg⁹³. Como tal, constituem o objeto de obrigações específicas dos tratados, afirmados em diversos instrumentos internacionais, sobretudo no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Em específico, em 14 de dezembro de 1986, foi aprovada⁹⁴ a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento⁹⁵ e a partir desse documento o direito ao desenvolvimento se configurou como um direito humano inalienável e passou a ser entendido como um processo global econômico, social, cultural e político, que tende ao melhoramento constante de toda a condição e qualidade de vida da população e dos indivíduos, sob a base de sua participação ativa, livre e significativa no processo de desenvolvimento e na distribuição dos benefícios de que dele derivam⁹⁶.

Essa concepção de desenvolvimento consagrada na declaração vai além dos modelos que se centraram no crescimento do PIB e na acumulação de capital e perduram até o final dos anos 1960, para os quais para alcançar o desenvolvimento seriam necessários o fomento da acumulação de capital e, mais especificamente, a industrialização, a proteção do mercado interno e a intervenção do Estado⁹⁷.

Nos anos 60, reconheceu-se que o desenvolvimento dependia dos agentes produtivos humanos, que, por meio da aquisição de conhecimento, melhor

⁹² SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; NASPOLINI SANCHES, Samyra. H D. F. Direito e Desenvolvimento no Brasil do Século XXI: uma análise da normatização internacional e da Constituição brasileira. IN: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; NASPOLINI SANCHES, Samyra. H D. F.; COUTO, Mônica Bonetti. (Orgs) *Direito e Desenvolvimento*. Brasília: IPEA, 2013. pp. 123-150.

⁹³ Em 1986, a Comissão Internacional de Juristas (CIJ) reuniu um grupo de especialistas em direito internacional para estudar a natureza e o alcance das obrigações dos Estados-partes no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Nessa reunião, presenciou-se o nascimento dos Princípios Limburg, que continuam norteando o direito internacional na área dos direitos econômicos, sociais e culturais. Em 1997, por ocasião do décimo aniversário dos Princípios Limburg, a CIJ convocou uma outra reunião, com mais de trinta especialistas, para desenvolver linhas diretas sobre esse instrumento. Como resultado, estabeleceram-se as linhas de Maastricht, com a finalidade de aprofundar o conteúdo, o alcance e os remédios apropriados para as violações dos direitos econômicos, sociais e culturais.

⁹⁴ Essa declaração contou com o voto favorável de 146 Estados. As abstenções foram de Camarões, Espanha, Dinamarca, Gâmbia, Quênia, Lesoto e Libéria. Os votos contra foram dos Estados Unidos da América, República Federal da Alemanha, Austrália, Áustria, Finlândia, França, Irlanda, Japão, Países Baixos e Reino Unido da Grã Bretanha, além da Irlanda do Norte.

⁹⁵ AG, Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento. Resolução 41-128, 4.12.1986.

⁹⁶ Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, Preâmbulo, parágrafo 2º, artigos 1.1 e 2.1.

⁹⁷ MAILLART, Adriana da Silva; NASPOLINI SANCHES, Samyra. H D. F. Teoria de Justiça de Amartya Sen: Da Ética Econômica ao Desenvolvimento como Liberdade. IN: *XX Encontro Nacional do Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em Direito*, 2011, Belo Horizonte. Anais do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

saúde e nutrição e incremento de suas destrezas, podiam aumentar a produtividade e ao final dos anos 1960, a perspectiva de capital físico e humano é substituída pela de capacidade humana, quando os critérios humanos são associados ao desenvolvimento.⁹⁸

Em 1990, foi criado o primeiro Relatório de Desenvolvimento Humano, o qual levando em conta questões consideradas importantes para a criação de um ambiente propício para os seres humanos desfrutarem de uma vida prolongada, saudável e criativa, e utilizando-se de um índice (IDH) que analisa vários aspectos da vida do ser humano, divulgou um ranking de países mais desenvolvidos, seguindo o critério humanístico.⁹⁹

A crítica, justificada, que o IDH recebeu foi que dentre outros aspectos, o mesmo não levou em consideração o índice de liberdade de cada país. Porém, ainda que o grau de liberdade de cada povo não seja utilizado para a elaboração do IDH, “sua importância não é desprezada, sendo considerada imprescindível para a promoção de desenvolvimento, de tal forma que ela tem sido objeto de estudo de teóricos do desenvolvimento humano, como Amartya Sen.”¹⁰⁰

De qualquer forma, importante para os fins da presente pesquisa é frisar que a questão do desenvolvimento vista da perspectiva humana consagra que “a criação de oportunidades sociais contribui diretamente para a expansão das funções e capacidades humanas e da qualidade de vida.”¹⁰¹ Em outras palavras, a realização do desenvolvimento como um direito de terceira dimensão, passa pela concretização dos direitos inerentes às outras dimensões dos direitos humanos, tais como ter vida saudável, liberdade, trabalho, igualdade de condições, estudo e acesso ao conhecimento. Assim, “além de lograr essas capacidades, o desenvolvimento humano possui uma função ainda maior: o de ser um processo que faça com que essas capacidades sejam realizadas de maneira eqüitativa, participativa,

⁹⁸ MAILLART, Adriana da Silva; NASPOLINI SANCHES, Samyra. H D. F. Teoria de Justiça de Amartya Sen: Da Ética Econômica ao Desenvolvimento como Liberdade. IN: *XX Encontro nacional do Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em Direito*, 2011, Belo Horizonte. Anais do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

⁹⁹ RDH, 1999, p. 1. Esse relatório propõe uma lista de temas e reúne tabelas estatísticas e informações sobre o desenvolvimento humano e traz também um Índice de Desenvolvimento Humano (IDH). O IDH, expresso por meio de um número, tornou-se necessário para que houvesse uma medição em mesmo nível de divulgação do PIB, que não fosse tão cega quanto o PIB com relação aos aspectos sociais da vida humana. SEN, Amartya. *Informe sobre Desarrollo Humano 1999*. Madrid, Mundi -Prensa Libros, 1999a, p. 23.

¹⁰⁰ MAILLART, Adriana da Silva; NASPOLINI SANCHES, Samyra. H D. F. Teoria de Justiça de Amartya Sen: Da Ética Econômica ao Desenvolvimento como Liberdade. IN: *XX Encontro nacional do Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em Direito*, 2011, Belo Horizonte. Anais do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

¹⁰¹ MAILLART, Adriana da Silva; NASPOLINI SANCHES, Samyra. H D. F. Teoria de Justiça de Amartya Sen: Da Ética Econômica ao Desenvolvimento como Liberdade. IN: *XX Encontro nacional do Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em Direito*, 2011, Belo Horizonte. Anais do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

produtiva e sustentável”¹⁰².

Dessa forma, o direito ao desenvolvimento revela-se como um direito humano integrador, ou seja, a sua efetivação está diretamente ligada à concretização conjunta dos direitos civis e políticos e dos direitos econômicos, sociais e culturais. Neste sentido afirma Flávia Piovesan que: “A compreensão dos direitos econômicos, sociais e culturais demanda que se recorra ao direito ao desenvolvimento”¹⁰³.

Na Declaração de 1986, citada acima, o conceito de desenvolvimento fica bem claro no artigo 2º: “O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados”¹⁰⁴.

Neste sentido, Ignacy Sachs afirma de qualquer forma, o desenvolvimento não pode ser visto em separado do crescimento econômico, sendo que só o crescimento econômico não garante o desenvolvimento. Assim, o mau desenvolvimento pode ser encontrado quando se verifica somente o crescimento do Produto Interno Bruto (PIB) acompanhado do aumento do desemprego, pobreza e desigualdades sociais, como acontece em países em desenvolvimento¹⁰⁵. Afirma, ainda, que o desenvolvimento é um conceito multidimensional e que contém uma perspectiva ambiental na medida em que explicita uma preocupação com as gerações futuras.

Tal compromisso com as gerações futuras foi confirmado pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU e o seu Relatório Brundtland, denominado Nosso Futuro Comum, no qual estabelece o conceito de desenvolvimento sustentável: “ele satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das futuras gerações satisfazerem suas próprias necessidades”¹⁰⁶.

Os estudos sobre o desenvolvimento sustentável que vieram posteriormente foram no sentido de limitação do desenvolvimento econômico na sociedade de consumo globalizada, com a afirmação de um desenvolvimento sustentável que se dá em três dimensões: social, ambiental e econômica.

¹⁰² MAILLART, Adriana da Silva; NASPOLINI SANCHES, Samyra. H. D. F. Teoria de Justiça de Amartya Sen: Da Ética Econômica ao Desenvolvimento como Liberdade. IN: *XX Encontro nacional do Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em Direito*, 2011, Belo Horizonte. Anais do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

¹⁰³ PIOVESAN, Flávia. Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coords.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010, 101.

¹⁰⁴ ONU, 1986.

¹⁰⁵ SACHS, Ignacy. *Desenvolvimento: incluyente, sustentável, sustentado*. Rio de Janeiro: Garamond, 2008, p 71.

¹⁰⁶ ONU, 1987.

Segundo Ignacy Sachs, em Prefácio à obra de José Eli Veiga, esta adjetivação do desenvolvimento como sustentável, deveria ser desdobrada em desenvolvimento: “socialmente *includente*, ambientalmente *sustentável* e economicamente *sustentado* no tempo.” (grifos do autor)¹⁰⁷

3. A FUNÇÃO SÓCIO-SOLIDÁRIA DA EMPRESA

Como visto nas dimensões dos Direitos Humanos, tradicionalmente, o foco do direito internacional incidia sobre os Estados como sujeitos primários do direito internacional e único responsável pela efetivação desses direitos. Porém, na terceira dimensão, o foco é projetado sobre as obrigações legais de atores não-estatais, tais como organizações não-governamentais e empresas.¹⁰⁸

Desde o seu surgimento até os dias de hoje, a empresa conquistou espaço central no cenário político e econômico mundial, na medida em que são as principais responsáveis pela atividade econômica. Algumas grandes corporações possuem uma influência política e econômica maior que muito Estados. Neste sentido, Newton De Lucca afirma que a empresa com seu poder de transformação e eficácia de atuação é a instituição vencedora do século XXI.¹⁰⁹

A empresa cumpre relevante papel social e econômico, produzindo bens e serviços, fazendo circular o capital, criando empregos, diretos ou indiretos, e gerando a arrecadação tributária para o Estado. Além disso, várias das atividades outrora exclusivamente estatais (saúde, educação, transporte, previdência) foram transferidas aos titulares da livre iniciativa econômica. Doravante, o acesso a bens essenciais não é feito na qualidade de cidadão social, mas sim como consumidor de serviços concedidos pelo poder estatal.

Para o Direito brasileiro a empresa privada é definida como “atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens.”¹¹⁰

Disciplinada na Constituição de 1988 e no Código Civil de 2002, a atividade empresarial deve estar subordinada aos preceitos constitucionais, principalmente pelo fato de a empresa, assim com o direito privado como todo, desenvolverem as relações e âmbitos reservados e protegidos pelos Direitos Fun-

¹⁰⁷ VEIGA, José Eli da. *Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI*. Rio de Janeiro: Garamond, 2008, p. 10.

¹⁰⁸ Ver a respeito: BENACCHIO, Marcelo; NASPOLINI SANCHES, Samyra. H D. F. A efetivação dos direitos humanos sociais no espaço privado. IN: BAEZ, Narciso; BRANCO, Gerson Luiz Carlos; PORCIUNCULA, Marcelo. (Orgs). *A problemática dos direitos humanos fundamentais na América latina e Europa: desafios materiais e eficaciais*. Joaçaba: Editora da UNOESC, 2012, pp. 377-422.

¹⁰⁹ LUCCA, Newton De. *Da ética geral à ética empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 312-313.

¹¹⁰ BULGARELLI, Waldírio. *Tratado de direito empresarial*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 100.

damentais.

Como visto no item 1, com o advento do Estado Social, abandona-se aos poucos a ideologia Liberal, individualista, patrimonialista e fulcrada na absoluta autonomia da vontade, fazendo com que a atividade empresarial passe a ser analisada sob a ótica da sua função social.

A função social da empresa encontra-se inserida no conjunto dos fundamentos da República Federativa do Brasil, dispostos no art. 1º, no artigo 3º, que dispõe sobre os objetivos fundamentais do Estado brasileiro e no artigo 170, que estabelece como fundamentos da ordem econômica a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, e afirma que a sua finalidade é a de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Seguem-se os como princípios da ordem econômica, a soberania nacional; a propriedade privada; a função social da propriedade; a livre concorrência; a defesa do consumidor; a defesa do meio ambiente; a redução das desigualdades regionais e sociais; a busca do pleno emprego; e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País¹¹¹.

A função social da empresa exige desta uma atividade voltada para os fins sociais e ambientais, e para os objetivos relacionados ao interesse coletivo. Não implica somente no cumprimento efetivo das obrigações legais e na observância dos direitos sociais trabalhistas e tributários, mas também no compromisso com a preservação ambiental, relacionamento ético com fornecedores e consumidores, bem como o cuidado com o impacto de sua atuação na comunidade onde está inserida. Ou seja, além da função social, há também a função solidária.

A empresa privada na atualidade precisa, portanto, ser “funcionalizada” a partir dos valores constitucionais engendrados pelos Direitos Fundamentais, tais como dignidade da pessoa humana, justiça social e defesa ambiental. Neste sentido, “funcionalizar” é “atribuir ao instituto jurídico uma utilidade ou impor-lhe um papel social.”¹¹²

Oferecer qualidade e preço competitivos e simplesmente cumprir a legislação que regula a sua atividade no país já não é suficiente, uma vez que se começa a exigir das empresas que desenvolvam ações voltadas à sustentabilidade e à Responsabilidade Solidária.

A Responsabilidade Solidária, portanto, segundo Santana¹¹³:

propõe que cumprir um papel econômico já não é suficiente, e que a gestão da empresa passa a ser responsável pelas conseqüências de suas operações, no

¹¹¹ Para exame desses princípios, consulte-se Lafayette Josué Petter, *Princípios constitucionais da ordem econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

¹¹² NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001, p. 217.

¹¹³ Assim como diferenciamos a função social da solidária, do mesmo modo distinguimos as responsabilidades sociais das solidárias, muito embora a grande maioria dos autores não o faça.

que se refere a toda a cadeia produtiva, ao ciclo de vida dos seus produtos e serviços, em relação às pessoas e ao meio ambiente.¹¹⁴

Assim, assumindo a empresa atividades historicamente estatais e não sendo possível o retrocesso social, evidentemente, à luz da eficácia horizontal dos direitos humanos, é perfeitamente cabível em dadas situações a exigência de que parte do lucro da atividade empresarial tenha emprego no atendimento dos direitos sociais, procedendo-se à melhor distribuição de riqueza e permitindo o desenvolvimento humano.

No plano internacional a proteção dos direitos humanos vem sendo ampliada sequencialmente, assim, em futuro breve, igualmente, espera-se a efetivação dos direitos sociais e solidários pelas empresas transnacionais, como acontece no âmbito nacional, no que pese os problemas de relativismo cultural e universalidade.

É o que prevê o recente Relatório aprovado em junho de 2011 pela Organização das Nações Unidas – ONU, o Relatório Ruggie, que trata especificamente da responsabilidade das empresas em não violar e proteger os Direitos Humanos.¹¹⁵

Em 2003, a Subcomissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos aprovou um documento denominado Normas da ONU sobre as Responsabilidades das Empresas Transnacionais e outros Empreendimentos Privados com relação aos Direitos Humanos. Essas Normas buscavam determinar de modo definitivo os direitos humanos e responsabilidades ambientais imputáveis às empresas e concebidas para serem obrigações imperativas impostas pelo direito internacional às empresas, tais como direitos trabalhistas, ambientais e uma disposição genérica abrangente de que as empresas podem ser responsáveis por toda a gama de direitos humanos em sua “esfera de influência”¹¹⁶

Tempos depois, a pedido da Comissão, o professor John Ruggie, da Universidade de Harvard, foi nomeado Representante Especial (RESG) para investigar mais profundamente algumas das questões pendentes relacionadas com empresas e direitos humanos.

Ruggie desenvolveu uma pesquisa abrangente nessa área e lançou uma série de importantes relatórios, sendo que em abril de 2008, ele tornou pública sua proposta de marco normativo para a imposição, às corporações, de responsabilidades em direitos humanos, o que ficou conhecido como “marco Ruggie”.

O marco Ruggie assenta-se sobre o que ele chama de “responsabilidades diferenciadas, mas complementares” e compreende três princípios fundamentais:

¹¹⁴ SANTANA, Célia. *As empresas que desenvolvem políticas de responsabilidade social*. Tese de Doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica. 2006, p. 14.

¹¹⁵ ONU, 2011.

¹¹⁶ ILCHITZ, David. O Marco Ruggie: uma proposta adequada para as obrigações de direitos humanos das empresas. IN: *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*. v.7, n. 12, jun 2010. pp 209 e ss.

a obrigação do Estado de proteger os direitos individuais, a responsabilidade das empresas em respeitar os direitos humanos e assegurar que ocorram processos de investigação onde houver denúncia de violações, bem como tomar medidas de reparação e punição, quando necessárias.

O primeiro e a terceiro princípio operam em conjunto e informam questões já consagradas na normativa internacional sobre a responsabilização dos Estados com relação aos Direitos Humanos.

Reside no segundo princípio a divergência da comunidade internacional com o relatório uma vez que as obrigações das empresas foram limitadas a deveres em grande medida “negativos”, englobados na responsabilidade de “respeitar”.

Levando-se em consideração a importância das empresas e principalmente das grandes corporações no cenário político econômico mundial, estas possuem uma grande capacidade de atuar em conjunto com os Estados para realizar os direitos fundamentais. “Em particular, isso é de grande importância no mundo em desenvolvimento, onde a imposição de obrigações positivas às empresas tem o potencial de ajudar essas sociedades a satisfazer os interesses fundamentais dos indivíduos que nelas vivem.”¹¹⁷

Em nosso país, as funções sociais e solidárias das empresas orienta para que elas não sejam aceitas simplesmente como entidades focadas na “maximização autointeressada do lucro, mas que sejam estruturas cujas atividades sejam projetadas para promover e beneficiar as sociedades e os indivíduos com quem interagem.”¹¹⁸

CONCLUSÃO

O presente artigo teve por objetivo verificar como os direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento sustentável, comprometem a empresa privada com a sua efetivação.

Após investigar, no primeiro item, os direitos de solidariedade e realizar um resgate da historicidade dos mesmos com o intuito de verificar o seu alcance, concluiu-se que tanto os sujeitos de direitos quanto os de deveres com relação aos direitos de solidariedade são, além do Estado, os indivíduos e as empresas particulares.

No segundo item abordou-se o desenvolvimento e o direito ao desenvolvimento, seu conceito e evolução para desenvolvimento sustentável, concluindo-se que só se pode falar em desenvolvimento sustentável se este se der nos

¹¹⁷ BILCHITZ, David. O Marco Ruggie: uma proposta adequada para as obrigações de direitos humanos das empresas. IN: *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*. v.7, n. 12, jun 2010, p. 212.

¹¹⁸ BILCHITZ, David. O Marco Ruggie: uma proposta adequada para as obrigações de direitos humanos das empresas. IN: *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*. v.7, n. 12, jun 2010, p. 213.

níveis econômico, social e ambiental. Portanto, o direito ao desenvolvimento, como um direito de solidariedade, também vincula além do Estado a empresa particular.

Na terceira e última parte, a pesquisa dedicou-se ao estudo da empresa, dos princípios constitucionais que regem a sua atividade e a normatização internacional que busca regular as suas obrigações. Concluiu-se que o novo paradigma do Direito na contemporaneidade, trouxe para a empresa privada tanto a responsabilidade social como a solidária, sendo, portanto, que a resposta para a problemática enfrentada pela pesquisa, sobre qual a obrigação da empresa privada com o desenvolvimento sustentável e o que autoriza exigir da mesma ações no sentido de implementá-lo, é a de que há, sim, vinculação e responsabilidade da empresa privada com o desenvolvimento sustentável, em virtude da função sócio-solidária imposta às empresas pelos direitos de igualdade e de solidariedade.

O artigo buscou enfatizar a produção teórica sobre o tema tratado para lançar bases a futuras pesquisas mais específicas sobre os Direitos Humanos e as empresas privadas no Brasil.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Fernando Barcellos. *Teoria geral dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996.
- BENACCHIO, Marcelo; NASPOLINI SANCHES, Samyra. H D. F. A efetivação dos direitos humanos sociais no espaço privado. IN: BAEZ, Narciso; BRANCO, Gerson Luiz Carlos; PORCIUNCULA, Marcelo. (Orgs). *A problemática dos direitos humanos fundamentais na América latina e Europa: desafios materiais e eficaciais*. Joaçaba: Editora da UNOESC, 2012.
- BILCHITZ, David. O Marco Ruggie: uma proposta adequada para as obrigações de direitos humanos das empresas. IN: *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*. v.7, n. 12, jun 2010.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BULGARELLI, Waldírio. *Tratado de direito empresarial*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995.
- DIMOLIUS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2008.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, 2001.
- HÄBERLE, Peter. *O estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das letras, 1988.

LIMA LOPES, José Reinaldo de. *O direito na história: lições introdutórias*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LUCCA, Newton De. *Da ética geral à ética empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009

LUÑO, Antonio Henrique Perez. *Derechos humanos, estado de derecho e Constitución*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

MAILLART, Adriana da Silva; NASPOLINI SANCHES, Samyra. H D. F. Teoria de Justiça de Amartya Sen: Da Ética Econômica ao Desenvolvimento como Liberdade. IN: *XX Encontro nacional do Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em Direito*, 2011, Belo Horizonte. Anais do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001.

NASPOLINI SANCHES, Samyra. H D. F. Direitos humanos e empresa privada no Brasil. IN: COUTO, Mônica Bonetti. (Org); MAILLART, Adriana Silva (Org); MEYER-FLUG, Samantha Ribeiro (Org); MEZZAROBBA, Orides (Coord); NASPOLINI SANCHES, Samyra. H. D. F.(Org); SILVEIRA, Vladimir Oliveira da (Coord). *Empresa, sustentabilidade e funcionalização do direito*. São Paulo: Editora Livraria dos Tribunais, 2011. p 294-307.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração universal dos direitos humanos. Aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acessado em: 29.03.2013.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____ Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coords.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010.

RUBIO, David Sanchez. *Fazendo e Desfazendo os Direitos Humanos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

SACHS, Ignacy. *Desenvolvimento: includente, sustentável, sustentado*. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SANTANA, Célia. *As empresas que desenvolvem políticas de responsabilidade social*. Tese de Doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica. 2006.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; CATTALANA, Suzana Maria. Política nacional de resíduos sólidos e a responsabilidade compartilhada entre poder público, setor empresarial

e a coletividade. IN: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; MEZZARROBA, Orides. *Empresa, Sustentabilidade e Funcionalização do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; NASPOLINI SANCHES, Samyra. H D. F. Direito e Desenvolvimento no Brasil do Século XXI: uma análise da normatização internacional e da Constituição brasileira. IN: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; NASPOLINI SANCHES, Samyra. H D. F; COUTO, Mônica Bonetti. (Orgs) *Direito e Desenvolvimento*. Brasília: IPEA, 2013.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos Humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

VEIGA, José Eli da. *Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI*. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.

7

**A FUNCIONALIZAÇÃO DE INSTITUTOS DO DIREITO CIVIL TEN-
DO EM VISTA A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA: A NOVAÇÃO NA LEI
11.101/2005**

UNIE CAMINHA

Doutora em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Profes-
sora Adjunta da Universidade de Fortaleza e da Universidade Federal do
Ceará. Fortaleza-CE. ucaminha@gmail.com.

SARAH MORGANNA MATOS MARINHO

Advogada. Sarah.momm@gmail.com

SUMÁRIO: Introdução. 1. A novação no direito civil. 1.1 Elementos essenciais. 1.2 Efeitos. 2. A novação na Lei de Falência e recuperação de empresas. 2.1 Características da novação na recuperação judicial. 2.2. Efeitos. 3. A extinção do crédito anterior e a manutenção das garantias: entendimentos jurisprudenciais. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A utilização de instrumentos clássicos do Direito Civil em estruturas tipicamente mercantis requer cuidado e a observância das peculiaridades do sistema empresarial. Com efeito, o Direito da Empresa tem a tradição de se mostrar mais flexível e dinâmico, até por que tem como objeto de regulação as atividades de mercado.

Isso é especialmente verdadeiro, em uma época na qual as preocupações com a atividade empresarial vão além dos próprios empresários, e mesmo de suas contrapartes contratuais diretas – trabalhadores, fornecedores, consumidores, ou do Fisco. Com os conceitos jurídico e econômico de empresa se permeando, nota-se que a atividade produtiva, como conjunto de contratos coligados, tem área de influência muito maior, e torna-se parte de uma teia frágil que determina o desenvolvimento econômico do país.

Aqui, não se pretende tratar de conceitos abstratos e por vezes vazios de conteúdo como “função social”, mas da real importância da preservação da atividade econômica viável, como geradora de riqueza e prosperidade coletiva.

Nessa visão, o estado vem procurando formas de identificar e preservar as empresas viáveis, principais peças do setor produtivo, como forma de gerar

benefícios para toda a coletividade. Como exemplo desse empenho, aponta-se a edição da Lei 11.101/2005, nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. Nessa Lei, vê-se a flexibilização, dinamicidade e instrumentalidade de institutos já consagrados no direito, como garantias, sucessão, obrigações.

Como são muitas as nuances a serem estudadas, optou-se por analisar um dos instrumentos que foi funcionalizado, de modo a atender à especial situação das empresas em crise, qual seja, a novação.

O objetivo do presente trabalho é analisar a aplicação do instituto da novação ao procedimento de recuperação judicial previsto na Lei nº 11.101/05, apontando suas peculiaridades em relação a sua utilização no Direito Civil.

Uma legislação falimentar moderna e condizente com a atual situação econômica brasileira era necessária e urgente, tendo em vista que o Decreto Lei nº 7.661/45, apesar de espelhar a ideologia da época em que foi promulgado, há muito já estava desatualizado em relação à evolução das relações comerciais.

Nesse contexto, a Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, foi um marco na evolução do direito brasileiro, trazendo um regime falimentar que se propõe mais ágil e eficiente na liquidação concursal de atividades empresárias inadequadas do ponto de vista mercadológico ou jurídico, bem como na recuperação judicial e extrajudicial de empresas viáveis, regimes novos e essencialmente distintos da antiga concordata, que propõem uma intervenção estrutural na atividade empresarial, de modo a mantê-la produtiva.

A recuperação judicial é conduzida pelo Poder Judiciário, mas as decisões substanciais a ela referentes, como a aprovação do plano apresentado pelo devedor, com os meios de recuperação propostos, e a própria aferição da viabilidade da atividade exercida pelo empresário ou sociedade empresária, são tomadas em conjunto pelos credores e devedores submetidos ao regime.

Como forma de dar maior segurança jurídica ao plano de recuperação aprovado, tanto para credores quanto para o devedor, a nova lei viu por bem determinar que, aprovado e homologado, o plano operaria a novação dos créditos submetidos ao regime. Ou seja, os créditos originários restam extintos diante da constituição de créditos novos, destinados a viabilizar a reestruturação da empresa em crise.

A novação prevista para o regime de recuperação judicial, apesar de possuir os mesmos elementos essenciais da novação disciplinada no Código Civil de 2002, tem o condão de gerar efeitos diversos desta, sendo os principais a possibilidade de reconstituição dos créditos na forma originariamente pactuada, mesmo diante da aparente extinção operada no momento da homologação do plano, o que ocorre quando a recuperação judicial é convalidada em falência, e a manutenção das garantias, também nos moldes anteriormente pactuados, sendo este o efeito mais polêmico da novação objeto deste trabalho.

Primeiramente, define-se o que é a novação no direito civil, sua natureza jurídica, seus requisitos essenciais e seus efeitos. Num segundo momento, a

novação prevista para o regime da recuperação judicial é contextualizada, tratando-se de sua natureza, requisitos e efeitos especificados. Por fim, são analisadas as principais consequências dessa novação, com a exposição das soluções mais adequadas para os possíveis impasses por ela ocasionados.

A análise desses efeitos é realizada por meio do confronto da doutrina especializada e da análise de casos práticos, assim como do entendimento dos tribunais acerca dos problemas levantados, de modo a obter-se, como resultado, a caracterização da novação prevista no novo regime concursal, e quais as consequências dos seus principais efeitos.

Justifica-se a pesquisa tendo em vista a necessidade de segurança jurídica nas relações operadas no âmbito da recuperação judicial para que tanto credores como devedores sintam-se seguros com relação aos resultados do sucesso ou fracasso da execução do plano de recuperação.

No que diz respeito aos aspectos metodológicos, as hipóteses são investigadas por meio de pesquisa bibliográfica. No que tange à tipologia da pesquisa, esta é, segundo a utilização dos resultados, pura, visto ser realizada apenas com o intuito de aumentar o conhecimento, sem transformação da realidade. Segundo a abordagem, é quantitativa, pela pesquisa de fatos e dados objetivos, e qualitativa, com a observação intensiva de determinados fenômenos sociais. Quanto aos objetivos, a pesquisa é exploratória, definindo objetivos e buscando maiores informações sobre o tema em questão, e descritiva, descrevendo fatos, natureza, características, causas e relações com outros fatos.

1. A NOVAÇÃO NO DIREITO CIVIL

São vários os modos de cessação da relação obrigacional, sendo essencial diferenciar a extinção de uma obrigação da extinção de um crédito. Esta ocorre quando uma certa contraprestação devida ao credor é satisfeita, independentemente de ter subsistido ou não a relação obrigacional existente entre as partes, e aquela ocorre quando a própria relação chega ao fim, mesmo que não tenha ocorrido a satisfação do credor.

É certo que esses dois momentos podem coincidir, mas existem casos em que a relação obrigacional chegará ao fim sem que se tenha extinguido o crédito dela decorrente, por isso os modos de extinção das obrigações são definidos em satisfatórios e não satisfatórios. Naqueles, o credor sempre receberá a prestação, seja direta ou indiretamente, sendo o pagamento o modo de extinção das obrigações com satisfação do credor por excelência. Outros exemplos são a compensação e a confusão, pois extinguem o crédito indiretamente. Nos modos de cessação não satisfatórios a relação obrigacional se extingue, sempre permanecendo o crédito. Exemplos destes são a remissão, a prescrição e a novação.

Assim, a novação é modo de extinção das obrigações não satisfatório no qual uma obrigação originária é substituída por outra criada para extinguir a

anterior. No direito romano clássico, a novação já era utilizada. Nessa época, o instituto da cessão de crédito era desconhecido, uma vez que até então as obrigações eram consideradas personalíssimas, apenas sendo possível alterar uma obrigação por meio da extinção da original e constituição de uma nova. Até a instituição da “Poetelia Papiria” (326 A.C), portanto, quando o devedor deixou de responder pelas dívidas com seu corpo e passou a ter vinculado ao cumprimento da obrigação apenas seu patrimônio, a novação tinha características distintas da conhecida no direito moderno. Àquele tempo, não era necessária a declaração de vontade das partes, sendo suficiente a ocorrência de algo novo na obrigação e a permanência do mesmo valor do débito original¹¹⁹.

No direito pós-clássico o instituto evoluiu, e a declaração de vontade das partes tornou-se indispensável para que restasse caracterizada a novação. Como esse modo de extinção das obrigações passou a decorrer de acordo de vontades, não é mais necessário que ocorra equivalência patrimonial entre a obrigação originária e a novada.

Com o desenvolvimento do princípio da transmissibilidade no direito moderno e a evolução do instituto da cessão de crédito, no entanto, a novação foi perdendo importância, visto que a transmissão da obrigação é mais proveitosa ao credor em alguns aspectos, como a manutenção das garantias da obrigação transmitida, e a sua vinculação ao mesmo negócio jurídico que lhe deu base, o que não ocorre com a novação, já que não é mero meio de transmissão, mas modo de extinção das obrigações sem pagamento.

A novação é, ao mesmo tempo, modo de extinção e de criação de obrigações. Acontece por ato de vontade das partes, através da criação de uma obrigação com o objetivo de extinguir outra. É, assim, modo extintivo não satisfatório.

Tem natureza contratual, uma vez que, além de decorrer do encontro de vontades, as partes precisam observar os requisitos necessários à validade do ato praticado, que são os gerais, em conjunto com os específicos do modo de extinção das obrigações em estudo. A respeito da natureza jurídica da novação, Orlando Gomes assim preleciona¹²⁰:

A extinção da dívida por novação opera-se em consequência de ato de vontade dos interessados; jamais por força da lei. Diz-se, por isso, que a novação tem natureza contratual. Resulta, efetivamente, do concurso de vontades. Exige-se, por essa razão, que as partes observem os requisitos necessários à validade dos contratos em geral. Seria, em suma, um contrato liberatório.

A novação não é um contrato em sentido técnico, como doutrina Caio Mário da Silva Pereira¹²¹, mas deve obedecer aos requisitos de validade dos atos

¹¹⁹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 70-71.

¹²⁰ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 136.

¹²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 283.

jurídicos em geral e decorrer de acordo de vontades, sendo por isso definida sua natureza jurídica contratual.

1.1 ELEMENTOS ESSENCIAIS

Além dos elementos de validade previstos para realização dos atos jurídicos em geral, a novação possui três requisitos próprios, também indispensáveis para sua perfeita existência.

O primeiro deles é a obrigação antiga, que deve ser válida, para que possa ser extinta, não importando se é exigível ou não. A obrigação anulável pode ser novada, sendo impossível, no entanto, que a obrigação nula o seja. Segundo Caio Mário da Silva Pereira¹²²:

Não comporta discussão o requisito da *eficácia*: se é possível que uma *obrigação anulável* se confirme por novação (Código Civil de 2002 art. 367), o que nada tem de estranho, por ser da própria natureza da anulabilidade a sua confirmação ou ratificação, é contudo impossível que uma obrigação *nula* ou *perempta* se nove.

O segundo requisito é a criação de obrigação nova, que extingue a anterior no momento em que é criada. Também tem que ser válida, não atingindo o fim de extinguir a obrigação originária se for nula.

Por fim, é essencial o “*animus novandi*” para que se complete a novação. Se as partes não tiverem a intenção de novar a obrigação originária, esta terá sido apenas confirmada pela posteriormente criada. A declaração de vontade pode ser expressa ou tácita, existindo dificuldade prática de auferir se realmente ocorreu no último caso.

O mesmo autor anteriormente citado¹²³ utiliza o critério da incompatibilidade para os casos de novação tácita: “Há novação, quando a segunda obrigação é incompatível com a primeira, isto é, quando a vontade das partes militar no sentido de que a criação da segunda resultou na extinção da primeira. Ao contrário, não há se elas podem coexistir.” O importante é que o “*animus novandi*” seja inequívoco, independentemente de ter sido explícito ou implícito. Inexistindo a declaração de vontade das partes, não há novação.

1.2 EFEITOS

O primeiro e principal efeito da novação é a extinção da obrigação originária sem pagamento. Desse decorrem outros efeitos lógicos, quais sejam, a

¹²² PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações*, p. 276.

¹²³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações*, p. 279.

igual extinção das obrigações acessórias e das garantias existentes sobre a obrigação novada. Os privilégios e garantias da obrigação anterior só subsistirão se ocorrer ajuste expresso de todas as partes interessadas.

As exceções e os vícios da antiga também não subsistem na nova. Assim, ocorrendo novação, o credor perderá as ações pertinentes à velha relação, ficando apenas com as exceções e vícios que ocasionalmente ocorram na nova.

Tais efeitos foram essenciais para que a novação perdesse seu valor no direito moderno, sendo pouco utilizada na atualidade, frente aos modos de transmissão das obrigações, que ocasionam a mera sucessão do crédito, não operando a extinção, o que é mais interessante para o credor.

De fato, levando-se em consideração que até as exceções e vícios da obrigação originária se extinguem na novação, a cessão de crédito pode ser mais interessante até mesmo para o devedor, que poderá valer-se dos defeitos do negócio jurídico transmitido para eximir-se do adimplemento, se for o caso.

A novação perdeu tanto sua importância no direito civil, que alguns diplomas legais modernos não chegaram sequer a prevê-la especificamente, a exemplo do Código Alemão e do Código Suíço das Obrigações. No primeiro, as regras pertinentes à novação estão previstas nos capítulos da cessão de crédito e da dação em pagamento, e no segundo também não há regras específicas a respeito do tema¹²⁴.

Apesar da tendência do Direito Moderno, entretanto, não se pode dizer que o instituto da novação entrou em desuso, até porque se encontra expressamente disciplinado no Código Civil de 2002, e ainda possui utilização prática, como na renegociação de dívidas, por exemplo. Nesse contexto, nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas, com algumas peculiaridades que serão a seguir tratadas, previu expressamente que, após a aprovação e homologação do plano de recuperação no âmbito da recuperação judicial, ocorrerá a novação dos créditos originários, o que trouxe ao instituto nova importância no direito brasileiro.

2. A NOVAÇÃO NA LEI DE FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

Para contextualizar o instituto da novação na sistemática da recuperação judicial, é indispensável estabelecer quais os objetivos da Lei nº 11.101/2005 para a reestruturação das empresas em crise.

A nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas foi importante para incentivar o investimento e o crédito no Brasil, uma vez que o regime anterior, regulamentado pelo Decreto Lei nº 7.661/45, não propiciava a negociação entre devedor e credores, com um sistema inflexível que gerava processos demorados e infrutíferos. Na nova sistemática, é buscado o equilíbrio entre os interesses das

¹²⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil, vol. 4: direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 319.

partes envolvidas, para que a atividade possa subsistir, ou para que a empresa seja liquidada da forma mais eficiente possível.

Ao contrário da antiga concordata¹²⁵, a recuperação judicial não se trata de mero favor legal, no qual era concedido um alargamento de prazo para que o empresário ou a sociedade empresária postergasse no tempo o adimplemento de suas dívidas, consistindo em verdadeiro mecanismo de manutenção da atividade empresarial viável.

O sistema de recuperação de empresas instituído pela nova lei, seguindo a tendência do direito estrangeiro, especialmente do francês e do norte americano, nos quais são amplas as possibilidades de recuperação da empresa em crise, mediante a direta participação e fiscalização dos credores¹²⁶, e pautado pelas atuais necessidades econômicas, tem como principal foco exatamente a continuação da atividade exercida pelo empresário ou sociedade empresária em crise.

Assim, o próprio texto legal é explícito ao determinar, em seu artigo 47, os objetivos da recuperação judicial como sendo:

viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Justifica-se a preocupação do legislador tendo em vista a importância das atividades empresariais para a manutenção econômica das pessoas, de outras empresas e do próprio estado, por meio da arrecadação de impostos.

A recuperação judicial terá lugar quando o devedor demonstrar que, apesar da crise financeira que enfrenta, sua atividade ainda é viável, sendo importante para a coletividade, gerando empregos, arrecadação tributária e atendendo todas as finalidades a que se presta.

O novo diploma legal se preocupa também com a satisfação dos credores, por mais que não seja seu foco principal, uma vez que são estes, e não o Poder Judiciário, que decidem, a partir de uma proposta do devedor, se a atividade merece subsistir. Não existe também uma ordem de preferência para o pagamento dos créditos, mas sim um plano de recuperação, proposto pelo devedor, e aprovado por acordo de vontade da maioria dos credores, no qual, além de outros meios de recuperação, ficará estabelecido de que forma e até que valor as dívidas serão quitadas.

O sistema de recuperação judicial é flexível, uma vez que a Lei nº 11.101/2005 não estabelece um rol taxativo de meios de recuperação para a em-

¹²⁵ Decreto Lei n. 7.661/45, art. 139 e seguintes.

¹²⁶ LISBOA, Marcos de Barros. DAMASO, Otávio Ribeiro. SANTOS, Bruno Carazza dos. COSTA, Ana Carla Abrão. A Racionalidade Econômica da Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. In PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 38.

presa, mas sim possibilidades de reestruturação, que podem ser extrapoladas pelo devedor ao apresentar o plano de recuperação. São os próprios credores, no entanto, que decidem se a atividade empresarial ainda é viável, por meio da aprovação ou não do plano de recuperação proposto pelo devedor. A lei determina apenas algumas diretrizes e limitações, como o prazo para pagamento de créditos derivados da legislação trabalhistas, mas, de maneira geral, fica livre às partes (credores e devedores), estabelecer os parâmetros da recuperação ou decidir por sua inviabilidade.

Após a homologação judicial do plano aprovado pela assembleia de credores, opera-se a novação dos créditos a ele submetidos, de acordo com o que preceitua o art. 59 da nova lei falimentar, transcrito “*ipis literis*”: “O plano de recuperação judicial implica a novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei”.

Tal previsão legal é diametralmente oposta à da legislação anterior prevista para a concordata, que determinava expressamente não haver novação dos créditos a ela submetidos¹²⁷. No novo sistema legal, todavia, a novação dos créditos é essencial, pois a extinção do crédito originário garante que o plano de recuperação seja cumprido e exigido nos exatos moldes estabelecidos.

2.1 CARACTERÍSTICAS DA NOVAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Não é tarefa simples definir qual seria a natureza jurídica da novação prevista no art. 59 da Lei nº 11.101/2005, já que ela variará de acordo com o que se considera a natureza jurídica da própria recuperação judicial e do plano de recuperação dela decorrente.

Para Jorge Lobo¹²⁸, “A recuperação judicial é um ato complexo, uma vez que pode ser considerada sob vários aspectos, pois abrange um ato coletivo processual, um favor legal e uma obrigação *ex lege*”.

Segundo o citado doutrinador, seria ato coletivo processual, pois as vontades partes convergem, até formarem uma única vontade, sob a direção e fiscalização do Poder Judiciário. Seria também um favor legal, posto que, mediante o atendimento de alguns requisitos, garante ao devedor o saneamento da situação de crise financeira, por meio da concessão de benefícios legais. Por fim, seria uma obrigação *ex lege*, uma vez que, homologado o plano de recuperação, ocorre a novação dos créditos submetidos ao regime de recuperação judicial¹⁰.

Vera Helena de Mello Franco e Rachel Sztajn¹²⁹, analisam a natureza

¹²⁷ Decreto Lei n. 7.661/45, art. 148. “A concordata não produz novação, não desonera os coobrigados com o devedor, nem os fiadores dêste e os responsáveis por via de regresso”.

¹²⁸ LOBO, Jorge. Arts. 34 à 69. In TOLEDO, Paulo F. C, Salles; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 172.

¹²⁹ FRANCO, Vera Helena de Mello. SZTAJN, Rachel. *Falência e recuperação da empresa em*

jurídica da recuperação judicial, chegando à conclusão de que se trata de regime contratual, por mais que seja necessária a homologação pelo Poder Judiciário:

Poder-se-á dizer que o plano é um negócio de cooperação celebrado entre devedor e credores, homologado pelo juiz. No que diz respeito ao negócio de cooperação, assemelha-se ao contrato plurilateral; no que diz respeito à homologação, pode-se considerar forma de garantia do cumprimento das obrigações assumidas, com o que se reduzem custos de transação dada a coercitividade que dela, homologação, resulta.

Deve-se considerar que a recuperação judicial é, de fato, um ato complexo, no qual a formação da vontade das partes envolvidas é supervisionada pelo Poder Judiciário. É certo, contudo, que todas as decisões de mérito que ocorrem no decurso do processo de recuperação judicial são tomadas pelos credores, cabendo ao juiz e ao Ministério Público somente a fiscalização formal do trâmite, de modo a evitar eventuais nulidades. O processo de recuperação judicial, portanto, é de jurisdição voluntária, e o plano dela decorrente tem natureza contratual, por mais que seja necessária sua homologação judicial.

Dessa forma, a novação prevista no art. 59 da nova lei terá, assim como no direito civil, natureza contratual, decorrente da vontade das partes, com a ressalva de que, no âmbito do regime concursal, ocorrerá se verificada a vontade da maioria, e não a vontade individual como seria necessário no caso de um ato isolado.

Identifica-se, nesse caso, que um dos mais relevantes princípios do direito societário, o princípio majoritário, o qual traduz o poder da maioria de decidir sobre a forma de condução dos negócios sociais e reavaliar estratégias e características da sociedade durante toda a vida social, foi utilizado na aplicação da novação no âmbito da recuperação judicial de empresas.

Como se observa, a novação dos créditos derivada da aprovação do plano de recuperação judicial da empresa, devidamente homologada pelo juízo falimentar, apresenta-se de forma “*sui generis*”. Na contramão da recuperação judicial, encontra-se a própria segurança jurídica dos contratos, motivo pelo qual o legislador fez importante ressalva com relação à conservação de determinados direitos do credor. Neste sentido, Jorge Lobo (2007, p. 136) se manifesta:

Os credores do devedor, embora sujeitos aos efeitos da decisão proferida na ação de recuperação judicial (art. 59), manterão intocados os direitos e privilégios que possuam contra: a) os coobrigados ou co-devedores solidários (p. ex., avalistas e endossantes de títulos de créditos emitidos pelo devedor); b) os fiadores; e c) os obrigados de regresso (art. 49, §1º), podendo deles cobrar, no juízo competente, o que lhes for devido e abater dos créditos habilitados e julgados o que houverem recebido dos coobrigados.

Assim, o instituto da novação, aplicado na recuperação judicial de empresas, apresenta-se de forma “sui generis”, porquanto, apesar de advir de manifestação de vontade das partes, não decorre de vontade individual, e sim da palicação do princípio majoritário. Esse fato apenas não lhe retira a natureza contratual, assim como não a retira dos atos societários das sociedades contratuais.

Decorrem, daí, diversos aspectos únicos disponíveis a esta figura jurídica no escopo da interpretação teleológica da lei em comento com o ordenamento jurídico pátrio como será abordado nos tópicos posteriores.

Entende-se dessa maneira, pois, no pertinente à Lei nº 11.101/2005, deve ser interpretada à luz das diretrizes do direito e da economia, de modo a buscar uma solução eficiente para o momento de crise financeira da empresa, e que beneficie a coletividade uniformemente, o que pode ocasionar algum prejuízo às partes envolvidas, individualmente. Assim, o plano de recuperação, que novará todos os créditos anteriores à recuperação, já que a ele submetidos, valerá igualmente para todos os credores envolvidos, por mais que tenham sido a este contrários.

Com relação aos requisitos da novação da recuperação de empresas, levando-se em consideração que sua natureza jurídica é essencialmente a mesma daquela prevista para o direito civil, seus requisitos também serão similares com breves ressalvas.

No âmbito da recuperação judicial, também é essencial que exista uma obrigação originária, anterior ao pedido realizado pelo devedor¹³⁰. Da mesma forma, é necessária a obrigação nova, criada com o objetivo de extinguir o crédito originário. No caso, esta será proposta pelo devedor, ao apresentar o plano de recuperação, e só operará a novação dos créditos após a homologação judicial¹³¹.

Por fim, a manifestação de vontade das partes também é elemento essencial nesta modalidade de novação, e ocorre com a aprovação do plano de recuperação. O detalhe, neste ponto, é que não é necessária a anuência da unanimidade de credores, ficando todos os submetidos ao regime de recuperação judicial vinculados ao plano em caso de aprovação, por mais que tenham sido a ele contrários.

2.2 EFEITOS

No âmbito do regime concursal, a novação também tem o efeito de operar a extinção do crédito anterior ao pedido de recuperação, resultado também presente na novação do direito civil, porém, esse efeito não se estende às garantias originais do crédito, ao contrário do observado no regime civilista.

¹³⁰ Lei n. 11.101/2005, art. 49. “Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos”.

¹³¹ Lei n. 11.101/2005, art. 59. “O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei”.

Mesmo a extinção da obrigação por novação no regimento da Lei nº 11.101/2005 é precária, uma vez que a lei prevê a possibilidade de restituição dos direitos e garantias dos credores nos moldes originariamente contratados, caso a recuperação judicial seja convolada em falência. Isso ocorrerá se, no prazo de dois anos em que o devedor passa em estado de recuperação, este venha a descumprir alguma das obrigações previstas no plano¹³².

Tal efeito da convolação em falência seria inconcebível na novação prevista no Código Civil de 2002, uma vez que, naquela disciplina legal, sendo a obrigação nova plenamente válida, não existirá hipótese de reconstituição da obrigação novada. Apesar de tal possibilidade, não há dúvidas de que se opera a extinção do crédito originário com a aprovação e homologação do plano de recuperação judicial, tendo em vista que o instituto da novação é modo de extinção de obrigações por excelência, por mais que sem pagamento.

O efeito mais polêmico da novação na recuperação judicial, todavia, é a manutenção das garantias das obrigações nos moldes e no valor originariamente pactuados. Assim, mesmo diante da extinção do crédito anterior para o devedor em situação de recuperação judicial, seus eventuais garantes, como fiadores e avalistas, assim como outros tipos de garantias, serão mantidos e poderão ser executados pelo credor no valor originário do crédito.

Os eventuais garantidores e coobrigados permanecerão com direito de regresso, mas, para isso, terão que se habilitar na recuperação judicial, no estado em que se encontram.

Note-se que a doutrina não é pacífica com relação à manutenção das garantias pessoais no caso da novação prevista na Lei 11.101/05. Assim, Jorge Lobo (2005, pp. 156-159) sustenta da seguinte maneira:

Manutenção das garantias reais e pessoais: arts. 59 e 49, § 1º. O plano de recuperação, aprovado pela assembleia geral e homologado pelo juízo, altera o objeto da obrigação ou substitui o sujeito passivo ou ambos, mas, atente-se, não modifica as garantias originais das obrigações novadas, quer as reais, quer as pessoais, que se mantêm íntegras, conforme dispõe o art. 49, § 1º e é reafirmado pelo art. 59 “caput”.

Observe-se, por oportuno, que o Código Civil, no art. 364, estabelece, taxativamente, que a “novação extingue os acessórios e garantias da dívida, sempre que não houver estipulação em contrário”, ficando, portanto, acentua Orlando Gomes¹³³, exonerado o fiador se a novação for concluída sem o seu consentimento.

“*In casu*”, embora não tenha havido acordo entre o devedor principal,

¹³² Lei n. 11.101/2005, art. 61, § 2º. “Decretada a falência, os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito da recuperação judicial”.

¹³³ GOMES, Orlando. *Obrigações*. p. 140.

seu fiador e o credor quanto à subsistência da garantia fidejussória na hipótese de novação da obrigação ou dívida afiançada, as normas que devem prevalecer são as dos arts. 49, § 1º e 59 ‘caput’, da LRE, e não as do art. 364 do CC, a uma, porque, não obstante a doutrina, ao tratar do período “sempre que não houver estipulação em contrário”, enfatizada pelo art. 364, costume trabalhar com a hipótese de cláusula acordada, por mútuo consenso, em contrato sinalagmático, pelo devedor, credor e fiador, é legítimo entendê-la como estipulação prevista em lei, e somente o é a constante dos arts. 49, § 1º e 59, “caput”, da LRE; a duas, porque, como é curial, a solução corriqueira do conflito de leis deriva da aplicação do critério hierárquico e/ou cronológico e/ou da especialização, os quais, no caso em tela, levam à conclusão de que, desprezado o da hierarquia, pois ambas as leis - o CC e a LRE - têm igual hierarquia, os outros dois penderiam para a LRE, porque ela é posterior e trata especificamente da subsistência da fiança na hipótese de novação da obrigação afiançada; a três, porque a LRE é de ordem pública, devendo prevalecer o seu comando; a quatro, porque, “ex vi” do art. 61, § 2º, se convolada em falência a recuperação judicial, “os credores terão reconstituídos os direitos e garantias nas condições originalmente contratadas”, o que seria defeso se houvessem perecido na forma do art. 364 do CC.

Manoel Justino Bezerra Filho¹³⁴ segue a mesma linha de entendimento:

O credor com garantia de terceiro (v.g. aval, fiança etc), mesmo sujeitando-se aos efeitos da recuperação, pode executar o garantidor. Um exemplo facilitará o entendimento: suponha-se uma limitada que emitiu uma nota promissória em favor de qualquer credor, tendo o sócio dessa limitada (ou qualquer terceiro) avalizado o título. Mesmo que o crédito esteja sujeito aos efeitos da recuperação, o credor pode executar o avalista. Deverá cuidar para, recebendo qualquer valor em qualquer das ações, comunicar nos autos da outra tal recebimento. Neste caso (aval pleno), não há, por óbvio, qualquer limite ao valor em execução, ante a autonomia das relações cambiais.

Mais adiante, prossegue o mesmo doutrinador¹³⁵, ao tratar do artigo 50:

O artigo prevê que a aprovação do plano de recuperação implica novação dos créditos anteriores ao pedido, novação que ocorre conforme previsto no art. 360 do Código Civil. Todos os credores sujeitos ao plano estão obrigados a ele, mantendo-se, porém, intocadas as garantias reais anteriormente existentes sobre bens, bens estes que somente poderão ser liberados ou substituídos com expressa anuência do titular da garantia (§ 1º do art. 50).

Portanto, se concedida a recuperação na forma do art. 58, fica automaticamente sustada a previsão do § 4º do art. 6º, de tal forma que permanecerão

¹³⁴ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Comentada: Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005: comentário artigo por artigo*. 5. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pp. 146-147.

¹³⁵ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Comentada: Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005: comentário artigo por artigo*. pp. 183-184.

suspensas as ações e execuções contra o devedor. Porém, as execuções contra os coobrigados não sofrem qualquer interferência, na forma do que dispõe o § 1º do art. 49, reiterada tal posição no art. 59, que faz ressalva expressa ao mencionar que a novação se dá “sem prejuízo das garantias”. Este, aliás, é o sistema de nossa legislação, repetindo-se aqui o que já vinha previsto no art. 148 do Decreto-lei nº 7.661/45 para a concordata no que tange à manutenção dos coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

Em sentido contrário, Rachel Sztajn¹³⁶ aduz:

O art. 59, que faz remissão ao art. 50, § 1º, reproduz a norma em comento pelo que se deve considerar que interessa saber da possibilidade de exigir ou executar as garantias relativamente a tais créditos. Mantendo-se alguma coerência entre o sistema jurídico e o objetivo da nova Lei, sugere-se interpretar o parágrafo no sentido de que as garantias, como acessório, seguem o principal, o crédito. Em assim sendo, ficam elas subordinadas às mesmas condições que incidam sobre os créditos garantidos, ou seja, não podem ser executadas de imediato.

No mesmo esteio, é a posição de Eduardo Secchi Munhoz¹³⁷, ao afirmar:

A parte final do “caput” do dispositivo estabelece que a novação decorrente da aprovação do plano de recuperação ocorre “sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50. Uma interpretação possível seria a de que a lei pretendeu ressaltar dos efeitos da novação todas as garantias, permanecendo obrigados perante os credores, por exemplo, os fiadores ou quaisquer terceiros que tenham oferecido bens de sua propriedade em garantia da dívida. Essa, porém, não parece constituir a interpretação adequada da norma, por conflitar com a disciplina da novação, tal como regulada no Código Civil. Em regra, segundo a lei civil, a novação extingue os acessórios e garantias da dívida novada, admitindo-se que as partes estipulem em contrário.

Apesar do entendimento de parte da doutrina acerca da subordinação das garantias contratuais à novação imposta no plano de recuperação judicial, este não parece ser o entendimento mais acertado acerca da temática, uma vez que a imposição legal apresentada visa a trazer ao procedimento maior segurança jurídica. Esta novação decorre de uma legislação que se aplica a empresários em situações muito específicas e não faria sentido aproveitar regras pertinentes a outros casos que não se encontram nas mesmas circunstâncias. Se ocorre a manutenção da fiança, nos moldes contratados, o que dizer do aval, que sequer é

¹³⁶ SZTAJN, Rachel. Da Recuperação Judicial. In SOUZA JÚNIOR, Francisco Sátiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. De Moraes (coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 229.

¹³⁷ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Da Recuperação Judicial. In SOUZA JÚNIOR, Francisco Sátiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. De Moraes (coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 293.

garantia acessória, sendo autônomo com relação à obrigação avalizada?

Muitos contratos firmados entre as empresas e seus credores têm a figura das garantias como mecanismo de viabilidade na celebração, pois o risco do negócio faz com que a empresa devedora necessite de outrem para garantir, em caso de insucesso, o acerto das contas.

Se, no momento da recuperação judicial, a empresa credora não mais puder exigir do garantidor, que, destaque-se, não está passando pela dificuldade econômico-financeira em questão, o cumprimento da dívida, melhor seria não haver contratado com o devedor, pois de nada valeu a garantia para salvaguardar a negociação.

Fundamental lembrar que a importância maior da recuperação da empresa é a de manter a cadeia produtiva, em que também está inserido o credor, numa verdadeira simbiose com o devedor e seus negócios. A satisfação do crédito pela via dos garantidores se mostra medida adequada para a resolução da crise, pois soluciona o desfalque causado ao credor, mantendo honrada a dívida, além de trazer novo impulso aos demais envolvidos na crise.

3. A EXTINÇÃO DO CRÉDITO ANTERIOR E A MANUTENÇÃO DAS GARANTIAS: ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS

Diante da possibilidade de reconstituição dos créditos novados pelo plano de recuperação nos casos em que a recuperação judicial é convalidada em falência, chega-se à conclusão de que a extinção dos créditos originários está condicionada a tal evento futuro e incerto de maneira resolutiva.

Nesse sentido, a 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 990102534391, determinou a mera suspensão da execução então movida por credor que teve seu crédito novado, alegando não ser possível extinguir o feito, uma vez que a novação operada em decorrência da aprovação e homologação do plano de recuperação judicial não seria definitiva¹³⁸.

Em seu voto, o relator do recurso explicou que “a novação, efetivada

¹³⁸ “Execução - Duplicatas - Aprovado pela Assembléia Geral de Credores o plano de recuperação judicial da agravante - Ação que foi ajuizada, exclusivamente, em face da agravante - Arts. 58, “caput”, 59, “caput”, e 61, §§ 1o e 2o, da Lei 11.101/2005 - Aprovado e homologado o plano de recuperação judicial, os créditos devem ser cumpridos de acordo com as condições nele estabelecidas. Suspensão do processo - Execução - Aprovação do plano de recuperação judicial da agravante - Descumprimento de obrigações assumidas nesse plano que enseja a decretação da falência da empresa - Direitos e garantias dos credores que, com a decretação de falência, são reconduzidos às condições em que foram originariamente contratadas, descontadas eventuais quantias pagas - Novação, efetivada na esfera da recuperação judicial, que é sempre condicional - Prematuro o pedido de extinção do processo executivo - Extinção que não se harmoniza com a sistemática da Lei 11.101/2005 - Viabilidade da suspensão da execução até o efetivo cumprimento, pela agravante, das obrigações previstas no plano de recuperação judicial - Agravo provido em parte.” (TJSP Ag. Instr. 990102534391 Rel. José Marcos Marrone 23ªCC DJU 19/10/2010).

na esfera da recuperação judicial, é sempre condicional”, e que por isso não seria prudente a extinção do processo de execução movido contra o devedor, pois durante o prazo de dois anos em que permanecesse em recuperação existiria a possibilidade de reconstituição do crédito executado.

Esse entendimento, no entanto, não condiz com os objetivos da LRE. Primeiramente porque a novação sempre operará a extinção, através da constituição de uma obrigação nova. O crédito anterior ao plano não pode subsistir em conjunto com o estipulado no plano de recuperação, sob pena de ser possível ao credor executar tanto o crédito novo como o novado.

Em segundo lugar, operando-se a convolação da recuperação judicial em falência, a extinção da ação de execução do crédito originário também ocorrerá, uma vez que este entrará no juízo universal do processo falimentar.

Portanto, aprovado o plano de recuperação, com a homologação judicial e a concessão do estado de recuperação judicial do devedor, as execuções decorrentes dos créditos novados contra este movidas deverão ser extintas, pois o pagamento daqueles não pode mais ser exigido do devedor.

Como a sentença homologatória é título executivo judicial, restará ao credor buscar a satisfação do crédito nela constante. Em caso de descumprimento do plano de recuperação, se esgotado o período de recuperação, o titular do crédito poderá ingressar com ação executória para obter o valor nos moldes ali estipulados ou pedir a falência do devedor, ou, ainda, se o descumprimento ocorrer durante esse período, pode ser requerida a convolação da recuperação judicial em falência, restando impossibilitada a execução individual na forma originalmente pactuada.

Em contrapartida, se o crédito novado estiver garantido, os efeitos serão diversos, posto que as garantias são mantidas nos exatos termos anteriores. Essa é a principal peculiaridade da novação no âmbito da recuperação judicial, por ser efeito diverso do previsto no regime do direito civil, sendo, portanto, efeito novo e, até a promulgação da nova lei falimentar, desconhecido no direito brasileiro.

Nesse caso, o credor não poderá ingressar com ação executória contra o devedor, muito menos continuar a que estiver em curso, mas certamente poderá movê-la contra os eventuais garantes e coobrigados da obrigação originária, dos quais são exemplo o fiador e o avalista. Como a novação do regime concursal não tem como efeito a extinção das eventuais garantias, a ação executória será movida contra os coobrigados de acordo com os termos originalmente pactuados. Gadston Mamede¹³⁹, é didático ao explicar que:

[...] se o plano aprovado e objeto de decisão concessiva previu a redução em 30% do valor dos créditos contra o empresário ou sociedade empresária, o credor conservará o direito de cobrar 100% dos coobrigados, fiadores e obrigados de regresso; igualmente, se o plano previu um alargamento de seis meses

¹³⁹ MAMEDE, Gladson. *Direito Empresarial Brasileiro: Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 195.

no prazo de vencimento do crédito, o direito de cobrança e execução contra coobrigados, fiadores ou obrigados de regresso se fará conforme o tempo original da obrigação [...].

É indubitável que as execuções existentes contra coobrigados do devedor não serão suspensas após deferido o processamento do pedido de recuperação judicial, também não sendo extintas após a aprovação do plano, já que os efeitos da novação no regime concursal são limitados à pessoa do devedor, podendo ser estendido aos garantes somente mediante manifestação de vontade dos credores. O mesmo autor²³ explica que o direito de cobrança contra os coobrigados permanece, sendo direito, no entanto, disponível do credor:

[...] a autonomia das relações jurídicas vinculadas ao crédito sujeito à recuperação judicial, haja vinculação por acessoriedade (como na garantia fidejussória) ou haja vinculação por colateralidade (como na hipótese de coobrigação fruto, por exemplo, de solidariedade passiva), tem por efeito direto não beneficiar o terceiro (coobrigado, fiador ou obrigado de regresso) com eventual alteração relativa ao *quantum* (valor do crédito), modo ou tempo de adimplemento, ainda que constante do plano de recuperação devidamente aprovado e objeto de decisão concessiva, na forma do art. 58 da Lei 11.101/05: salvo qualquer concessão de sua parte, o credor conservará integral direito contra o coobrigado, fiador ou obrigado de regresso [...]

Ao julgar o agravo de instrumento nº 0322490-94.2010.8.26.0000¹⁴⁰, a Câmara reservada à Falência e Recuperação Judicial do TJSP entendeu que, caso o plano de recuperação estendesse os efeitos da novação às garantias do crédito a ele sujeito, tal cláusula seria eficaz apenas àqueles que assim votaram na assembleia, não sendo aplicável aos credores que aprovaram o plano com ressalva da respectiva cláusula, se abstiveram, ou não compareceram. O entendimento, encontrado em vários outros julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁴¹, contudo, não é compatível com os pressupostos e objetivos da nova Lei de Falência

¹⁴⁰ AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PLANO DE RECUPERAÇÃO QUE CONTÉM CLÁUSULA QUE ESTENDE OS EFEITOS DA NOVAÇÃO AOS COOBRIGADOS, DEVEDORES SOLIDÁRIOS, FIADORES E AVALISTAS. CREDOR QUE VOTA PELA APROVAÇÃO DO PLANO, RESSALVADA A CLÁUSULA EXTENSIVA DA NOVAÇÃO AOS GARANTIDORES E AVALISTAS. A NOVAÇÃO PREVISTA COMO EFEITO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL NÃO TEM A MESMA NATUREZA JURÍDICA DA NOVAÇÃO DISCIPLINADA PELO CÓDIGO CIVIL. Validade e eficácia da cláusula extensiva da novação aos garantidores em face dos credores que expressamente aprovaram o plano, sem ressalvar aludida cláusula. Ineficácia da cláusula extensiva em relação aos credores que aprovaram o plano com ressalva expressa objetando indigitada cláusula. Reconhecimento do direito dos credores impugnantes da cláusula extensiva de intentar ou prosseguir nas ações contra avalistas e demais garantidores. Agravo provido. (TJSP; AI 0322490-94.2010.8.26.0000; Ac. 4926056; São Paulo; Câmara Reservada À Falência e Recuperação; Rel. Des. Pereira Calças; Julg. 01/02/2011; DJESP 01/04/2011).

¹⁴¹ Agravos de Instrumento n.s 0394992-31.2010.8.26.0000, 0098863-45.2010.8.26.0000, 0397254 51.2010.8.26.0000.

e Recuperação Judicial.

Conforme bem explica Jorge Lobo¹⁴², homologado pelo juízo o plano de recuperação judicial, “implica novação dos créditos anteriores ao ajuizamento da demanda e obriga a todos os credores a ela sujeitos, inclusive os ausentes, os dissidentes e os que se abstiveram de participar das deliberações da assembleia geral”.

O autor é influenciado por George Ripert¹⁴³, que à época em que ainda era vigente no direito francês a concordata preventiva, assim doutrinou:

Les créanciers qui n'ont pas produit, ceux qui n'ont pas été présents à l'assemblée de concordat, ceux qui ont voté contre le concordat, sont obligés de subir l'effet du concordat. Leur droit se trouvent modifiés par une décision majoritaire. La protection des minorités se trouve dans l'observation des trois grandes principes qui dominent la conclusion du concordat: 1° impossibilité d'un sacrifice total; 2° interdiction de modifier la nature du droit; 3° respect de l'égalité entre les créanciers.

A doutrina de Ripert, por mais que pensada para o sistema da concordata, se aplica perfeitamente à recuperação judicial da nova lei brasileira, pois resume de maneira clara e objetiva que para os credores representantes da minoria ocorre sacrifício da vontade pessoal em favor da coletividade. Assim, todos os titulares de créditos habilitados na recuperação judicial ficarão uniformemente obrigados aos termos do plano de recuperação.

O julgamento mencionado, portanto, está em desacordo com os princípios regedores dos regimes concursais, pois aplica o plano de recuperação de maneira diferente entre os credores envolvidos, tendo como fundamento a maneira como votaram na assembleia de aprovação deste. A exegese do art. 59, § 1º da Lei nº 11.101/2005 não permite tal interpretação, uma vez que dá ao plano homologado status de título executivo judicial, e não seria possível executar os coobrigados se o respectivo título expressamente prevê o oposto.

Dessa maneira, caso a maioria dos credores entenda pela extensão dos efeitos da novação às garantias do crédito sujeito à recuperação judicial, com a aprovação e homologação do plano, que, repita-se, é título executivo judicial, não será possível aos titulares da minoria contrária ao ali consignado executar os coobrigados.

A jurisprudência, com efeito, tem se manifestado pela aplicação dos termos da lei. Tome-se como exemplo a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que tem entendimento predominante no sentido de que a concessão da recuperação judicial para empresa devedora não afeta as garantias dos débitos

¹⁴² LOBO, Jorge. Arts. 34 à 69. In TOLEDO, Paulo F. C., Salles; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. p. 172.

¹⁴³ RIPERT, George. *Traité élémentaire de droit comercial*. 9. ed. atual. por René Roblot. Paris: LGDJ, 1981, p. 897.

sujeitos ao plano, podendo os credores cobrarem as dívidas dos coobrigados, fiadores ou avalistas, pelo valor integral a partir dos respectivos vencimentos.

Na mesma linha interpretativa, a Corte paulista não aplica a causa suspensiva do artigo 6º, § 4º, da Lei nº 11.101/2005, às execuções promovidas contra a empresa em recuperação e seus avalistas ou fiadores, ordenando-se a suspensão exclusivamente em relação à recuperanda, com o prosseguimento da execução em face dos coobrigados, conforme se vê:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXECUÇÃO CONTRA FIADOR DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO. PEDIDO DE SUSPENSÃO PELO FIADOR. MANTIDA A DECISÃO QUE INDEFERIU A SUSPENSÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 6º, 40 E 59 DA LEI Nº II. 101/2005, A NOVA LEI DE RECUPERAÇÃO E FALÊNCIA. A semelhança do que ocorria na lei anterior com a concordata preventiva deferida, o deferimento do processamento da recuperação judicial (art. 52) não interfere nas relações do credor da empresa afiançada com os fiadores, contra os quais a execução deve prosseguir normalmente, pois a “novação” do artigo 59 ressalva expressamente as garantias, que não são atingidas pela recuperação. Os direitos contra os coobrigados são conservados íntegros, na forma do que prevê o § 1º do art. 49 e a suspensão prevista no art. 60 apenas beneficia o “devedor” (sociedade empresária) e não os garantes (sócios quotistas da limitada). A execução deve prosseguir normalmente, cuidando o credor para informar na recuperação, eventual valor recebido na execução e informar na execução, eventual valor recebido na recuperação. (Agravo de Instrumento nº 7.067.494-5, Rei. Des. Sampaio Pontes, julgado em 24.10.2006).

Mais recentemente, o STJ, em Julgamento de Recurso Especial 1260301 proferiu a seguinte decisão:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. HOMOLOGAÇÃO. DÍVIDAS COMPREENDIDAS NO PLANO. NOVAÇÃO. INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. PROTESTOS. BAIXA, SOB CONDIÇÃO RESOLUTIVA. CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES PREVISTAS NO PLANO DE RECUPERAÇÃO.

1. Diferentemente do regime existente sob a vigência do DL nº 7.661/45, cujo art. 148 previa expressamente que a concordata não produzia novação, a primeira parte do art. 59 da Lei nº 11.101/05 estabelece que o plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido.

2. A novação induz a extinção da relação jurídica anterior, substituída por uma nova, não sendo mais possível falar em inadimplência do devedor com base na dívida extinta.

3. Todavia, a novação operada pelo plano de recuperação fica sujeita a uma condição resolutiva, na medida em que o art. 61 da Lei nº 11.101/05 dispõe que o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano acarretará a convocação da recuperação em falência, com o que os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito da recuperação judicial.

4. Diante disso, uma vez homologado o plano de recuperação judicial, os órgãos competentes devem ser oficiados a providenciar a baixa dos protestos e a retirada, dos cadastros de inadimplentes, do nome da recuperanda e dos seus sócios, por débitos sujeitos ao referido plano, com a ressalva expressa de que essa providência será adotada sob a condição resolutiva de a devedora cumprir todas as obrigações previstas no acordo de recuperação.
5. Recurso especial provido.

Especificamente acerca da fiança, o entendimento de que a novação, tal como se apresenta na recuperação judicial de empresas, não exonera as garantias, também deve ser aplicado, por mais que, sob a ótica do Código Civil, em se tratar de figura acessória, deva seguir a sorte da obrigação principal e ser extinta. Neste sentido, verifica-se:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL QUE CONTÉM CLÁUSULA QUE ESTENDE OS EFEITOS DA NOVAÇÃO AOS COOBRIGADOS, DEVEDORES SOLIDÁRIOS, FIADORES E AVALISTAS. CONCESSÃO DO PLANO COM APLICAÇÃO DO “ERAM DOWN” DO ART. 58, § 1º E INCISOS DA LRF. A novação prevista como efeito da recuperação judicial não tem a mesma natureza jurídica da novação disciplinada pelo Código Civil. Pretensão de credor de acolhimento de sua objeção colimando a nulidade da cláusula extensiva da novação aos garantidores fidejussórios (fiadores e avalistas). Nulidade não reconhecida. Validade e eficácia da cláusula em face dos credores que expressamente aprovaram o plano, por se tratar de direito disponível, que ao assim votarem, renunciaram ao direito de executar fiadores/avalistas durante o prazo bienal da “supervisão judicial”. Ineficácia da cláusula extensiva da novação aos coobrigados pessoais (fiadores/avalistas) em relação aos credores presentes à Assembléia-Geral que se abstiveram de votar, bem como aos ausentes do conclave assemblear. Evidente ineficácia da cláusula no que se refere aos credores que votaram contra o plano e, “a fortiori”, aos credores que formularam objeção relacionada com a ilegalidade da cláusula extensiva da novação. Agravo provido, em parte, para reconhecer a ineficácia da novação aos coobrigados por débitos da recuperanda, dos quais a agravante é a credora. Extensão dos efeitos deste julgamento aos credores ausentes, abstenentes e aos que formularam objeção à cláusula hostilizada. (Agravo de Instrumento nº 7.180.757-7, julgado em 27/11/2007, relatado pelo Des. Roberto Bedaque).

A aplicação da novação não extingue as garantias, conservando o credor de devedor em recuperação judicial seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso. O que se verifica, pela interpretação teleológica da LRE, é que a obrigação firmada antes da recuperação não chega a ser propriamente extinta, como forçosamente uma análise sob a visão da Carta Civil possa conduzir, mas é, tão somente, substituída condicionalmente pela obrigação originária da aprovação e posterior homologação do plano de recuperação judicial.

A substituição é condicional resolutiva, no sentido de que só existe se

forem efetivamente pagas as dívidas, durante o prazo da recuperação. Fracassado o plano e decretada a quebra, os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originariamente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos durante a vigência do plano, havendo um verdadeiro retorno ao “status quo ante”.

Ora, mais uma vez se constata a natureza “sui generis” do instituto da novação na recuperação judicial de empresas. Dessa forma, a concepção tradicional da fiança de que, por ser figura acessória, implicaria ao fiador responder apenas no caso do afiançado não cumprir com a sua obrigação, pois estaria vinculada ao contrato principal de dívida de um obrigado e, no caso de novação, esta se extinguiria, aqui não se aplica. Tanto é que a própria lei, expressamente, emprega esta aceção quando não faz distinção entre os diversos tipos de garantia que um crédito pode possuir.

Em suma, prevalece o entendimento doutrinário e jurisprudencial, no sentido de que, concedida a recuperação judicial, a novação não atinge os coobrigados, fiadores, obrigados de regresso e, especialmente, os avalistas, haja vista a autonomia do aval.

Por fim, acerca das garantias reais, o posicionamento da nova Lei Falimentar é de que estes créditos devam ser excluídos dos efeitos da recuperação judicial, como justifica o Senador Ramez Tebet¹⁴⁴ na exposição de motivos da lei:

Segundo as regras estabelecidas para a recuperação judicial, o deferimento de seu processamento implica suspensão das ações e execuções contra o devedor pelo prazo de 180 dias. No entanto, a redação dada ao art. 48, § 3º, do PLC nº 71, de 2003, prevê a prevalência, na recuperação judicial, das condições contratuais originais quanto a créditos garantidos por alienação fiduciária ou decorrentes de arrendamento mercantil (leasing). Com isso, faculta-se a esses credores a busca e apreensão de bens de sua propriedade que se encontrem em poder do devedor. Essa situação prejudica as chances de recuperação de empresas que dependam desses bens para a continuação de suas atividades. Tome-se como exemplo uma indústria gráfica que tenha arrendado as máquinas impressoras com as quais trabalha. Se se der o direito ao arrendador de retirar essas máquinas durante o período de suspensão que caracteriza o início da recuperação judicial, fica inviabilizado o soerguimento da empresa, pois nenhum plano de recuperação será viável se a empresa não contar nem mesmo com a maquinaria indispensável à sua produção. Por outro lado, não se pode negar aos credores proprietários o direito de reaver seus bens, sob pena de se comprometer a segurança que caracteriza esses contratos e, assim, reduzir a efetividade de instrumentos que, reconheça-se, têm proporcionado, nas modalidades de crédito com garantia mais segura, como a alienação fiduciária, taxas de juros bastante inferiores à média praticada no País. Do ponto de vista prático, essa

¹⁴⁴ TEBET, Ramez. *Lei de recuperação de empresas*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/senador/ramez/lei%20de%20recupera%E7%E3o%20de%20empresas.pdf>. Acesso em: 20.04.2011, pp. 36-37.

conciliação de interesses exige do legislador parcimônia na utilização de remédios extremos. No caso da alienação fiduciária e de outras formas de negócio jurídico em que a propriedade não é do devedor, mas do credor, é preciso sopesar a proteção ao direito de propriedade e a exigência social de proporcionar meios efetivos de recuperação às empresas em dificuldades. Por isso, propomos uma solução de equilíbrio: não se suspendem as ações relativas aos direitos dos credores proprietários, mas elimina-se a possibilidade de venda ou retirada dos bens durante os 180 dias de suspensão, para que haja tempo hábil para a formulação e a aprovação do plano de recuperação judicial. Encerrado o período de suspensão, todos os direitos relativos à propriedade são devolvidos ao seu titular. Como essas obrigações não se sujeitam à recuperação judicial, naturalmente o plano aprovado deverá prever o pagamento desses credores em condições satisfatórias, sob pena de estes exercerem o direito de retirada dos bens e inviabilizarem a empresa. A inspiração para essa solução decorre do disposto no art. 170 da Constituição, que tutela, como princípios da ordem econômica, o direito de propriedade e a sua função social.

Tem-se, então, que os créditos com garantia de natureza real (em geral em poder de instituições financeiras), receberam tratamento diferenciado pela lei, não sendo novados, uma vez que não participam do plano.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho se propôs a enfrentar a conceituação da novação prevista no sistema de recuperação judicial brasileiro com a sua caracterização jurídica e suas principais consequências. Note-se que a utilização de institutos tradicionais do Direito Civil, no âmbito do Direito Empresarial requer cuidado, tendo em vista a importância que atividade empresária tem para o desenvolvimento econômico e social não só de países como de indivíduos.

A pesquisa não se mostra simples, uma vez que a doutrina especializada no estudo dos regimes concursais não costuma se aprofundar sobre o tema, e a construção jurisprudencial referente à matéria ainda é tímida. Na realidade, nos julgados encontrados, percebeu-se que o Poder Judiciário nem sempre tem resolvido de maneira uniforme as discussões geradas pela novação da nova lei de acordo com as diretrizes do direito econômico, que devem conduzir sua aplicação e interpretação.

A novação no regime de recuperação judicial tem similaridades com a prevista no direito civil, ou o legislador não a teria eleito como meio de garantir a plena aplicação do plano de recuperação, e apresenta natureza “sui generis”. O objetivo no regime concursal também é a criação de um crédito novo para extinguir um anterior e os requisitos para que essa novação ocorra são substancialmente os mesmos da disciplinada no Código Civil de 2002.

O que se mostra diferente na previsão da Lei n° 11.101/2005 são os

efeitos do instituto. O principal deles, a extinção da obrigação - no caso da recuperação judicial, do crédito - ocorrerá em qualquer das hipóteses, sendo apenas passível de reversão no regime concursal no caso de convalidação da recuperação judicial em falência, o que jamais seria aceito no regime civil.

O mais polêmico dos efeitos, a manutenção das garantias, não tem semelhança alguma com a disciplina do direito civil, que só o admite com inequívoca e unânime manifestação das partes envolvidas. No que tange à recuperação judicial, por sua vez, é efeito que decorre da lei, podendo, em contrapartida, ser extinto em conjunto com o crédito principal em caso de manifestação de vontade da maioria dos credores, não sendo necessária, nesse caso, a unanimidade. Do concessor da garantia não é preciso nem mesmo manifestação.

A natureza jurídica da novação no sistema da recuperação judicial certamente é contratual, pois, por mais que seja determinada por lei, sua verificação não decorre dela, mas da vontade da maioria dos credores. O Poder Judiciário tem papel meramente fiscalizatório no processo.

A manutenção das garantias nos moldes originalmente contratados, esta sim decorre da lei, podendo, no entanto, o plano de recuperação conter previsão diversa, já que se trata de direito disponível. Extinta a garantia, por sua vez, tal regra se aplicará para todos os créditos listados no plano, já que este se trata de título executivo judicial, válido uniformemente para todos os credores, sendo obrigatório diante da manifestação de vontade da maioria. A única possibilidade de que as garantias subsistam para uns créditos e para outros não é se o plano assim prever, o que não deixa de ser hipótese de aplicação uniforme. O que é inadmissível é a não aplicação de uma cláusula homologada pelo simples fato de que o credor, ao votar, foi a ela contrário. No regime concursal há verdadeira imposição da vontade da maioria.

Por ser a Lei nº 11.101/2005 recente, seus pontos polêmicos e contraditórios ainda não foram suficientemente tratados pela doutrina e pelos tribunais, mas, levando-se em consideração a razão que levou à sua promulgação, qual seja, a necessidade de uma disciplina legal moderna, que fosse compatível com a rapidez e complexidade com que as transações comerciais ocorrem, os princípios norteadores da aplicação, interpretação e integração dessa nova lei devem ser os do direito econômico, de modo a que ela alcance, na prática, os objetivos para os quais foi criada.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. *Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas - Confrontada e Breves Anotações*. São Paulo: Quartier Latim, 2005.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BENETI, Sidnei Agostinho. O Processo da Recuperação Judicial. In PAIVA, Luiz Fer-

nando Valente de (Coord.). *Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Comentada: Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005: comentário artigo por artigo*. 5. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FRANCO, Vera Helena de Mello. SZTAJN, Rachel. *Falência e recuperação da empresa em crise*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

HART, Oliver. *Different approaches to bankruptcy*. Harvard Institute of Economic Research, September 2000. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w7921>. Acesso em: 18.04.2011.

LISBOA, Marcos de Barros. DAMASO, Otávio Ribeiro. SANTOS, Bruno Carazza dos. COSTA, Ana Carla Abrão. A Racionalidade Econômica da Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. In PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LOBO, Jorge. Arts. 34 à 69. In TOLEDO, Paulo F. C, Salles; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. *Prática de Processo Falencial. V 2. Do processo de concordata*. 3. ed. ver. atual. e aum. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1977.

MAMEDE, Gladson. *Direito Empresarial Brasileiro: Falências e Recuperação de Empresas*. V.4. São Paulo. Atlas, 2006.

MONTEIRO, Washington de Barros. MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil, vol. 4: direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Da Recuperação Judicial In SOUZA JÚNIOR, Francisco Sátiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência: em conformidade com a Lei nº 11.101/05 e a alteração da Lei nº 11.127/05*. Rio de Janeiro, Forense, 2007.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrig-*

ções. 21, ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PIMENTA, Eduardo Goulart. *Recuperação Judicial de Empresas: caracterização, avanços e limites*. Revista DireitoGV 3, jan-jun 2006. Disponível em: http://www.direitogv.com.br/subportais/publicação/RDGV_03_p151_166.pdf. Acessado em: 18.04.2011.

RIPERT, George. *Traité élémentaire de droit commercial*. 9. ed. atual. por René Roblot. Paris: LGDJ, 1981, tome II.

SADDI, Jairo. *Crédito e Judiciário no Brasil: uma análise de Direito e Economia*. São Paulo. Quartier Latim, 2007.

SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de, PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.) *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falências: Lei 11.101/2005*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SZTAJN, Rachel. Da Recuperação Judicial In SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

TEBET, Ramez. *Lei de recuperação de empresas*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/senador/ramez/lei%20de%20recupera%E7%E3o%20de%20empresas.pdf>. Acessado em: 20.03.2011.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles. *A reforma da lei de falências e a experiência do direito estrangeiro*. Revista do Advogado n. 32. AASP

8

SUSTENTABILIDADE, RESPONSABILIDADE SOCIAL E CRISE EMPRESARIAL – UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL E CRÍTICA À ATUAL LEI DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS (LEI 11.101-2005) E AO PROJETO DE CÓDIGO COMERCIAL BRASILEIRO (PL 1572/2011)

WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO

Professor Titular da Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Coordenador do Núcleo de Direitos Humanos no Programa de Estudos Pós-Graduados (Mestrado e Doutorado) em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor Colaborador no Programa de Mestrado em Direito e Desenvolvimento da Universidade Candido Mendes (Rio de Janeiro, RJ). Pesquisador da Universidade Paulista. Doutor em Ciência do Direito (Universidade de Bielefeld, Alemanha). Livre-Docente em Filosofia do Direito (UFC). Doutor e Pós-Doutor em Filosofia (IFCS-UFRJ). Advogado.

PAOLA CANTARINI

Professora no Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Graduada em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Especialista em Direito Constitucional pela ESDC – Escola Superior de Direito Constitucional. Especialista em Direitos Humanos e Direito Internacional pela Faculdade Salesiano. Mestranda em Direito Comercial pela PUC-SP. Advogada.

SUMÁRIO: 1. Conflitos entre direitos fundamentais – o núcleo mínimo existencial intangível e a questão da flexibilização dos direitos trabalhistas. 2. Sustentabilidade empresarial e a crise empresarial na atual Lei de Falências e de Recuperação de Empresas (Lei 11.101-2005) e no Projeto de novo Código Comercial Brasileiro (PL 1572/2011) - Livro IV. Conclusão. Referências.

1. CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS – O NÚCLEO MÍNIMO EXISTENCIAL INTANGÍVEL E A QUESTÃO DA FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITO TRABALHISTAS

A questão do mínimo em dignidade humana, do núcleo intangível, do mínimo existencial e da flexibilização dos direitos trabalhistas é controvertida na doutrina. Destacam-se como teorias acerca do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, as teorias que relacionam a garantia do conteúdo essencial a uma situação subjetiva ou a uma situação objetiva de regulação constitucional, e as teorias em sentido absoluto e em sentido relativo.

As teorias subjetivas se subdividem em absolutas ou relativas. Segundo a teoria relativa será conteúdo essencial o que restar após o devido sopesamento realizado; segundo a teoria absoluta, cada direito fundamental tem um núcleo inviolável em qualquer hipótese.

Willis Santiago Guerra Filho ao tratar do princípio da proporcionalidade faz menção ao imprescindível respeito do núcleo essencial que estaria consubstanciado no princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, a busca de uma solução de compromisso exige que o mínimo a que um princípio deve ser respeitado, o núcleo ou conteúdo essencial, intangível dos direitos fundamentais que jamais poderia ser violado, ou ceder, ao ponto de ser cancelado, sob forma alguma, núcleo ou conteúdo estes que correspondem ao princípio da dignidade humana.¹⁴⁵

¹⁴⁵ Neste sentido preceitua o autor: “(...) não há hierarquia, nem formal, nem material, entre regras e princípios; ambos encontram-se no mesmo grau abstrato de hierarquia, enquanto normas jurídicas. Se há, pois, um confronto entre regra e princípio de mesma hierarquia em determinado caso concreto, deve a regra sempre prevalecer, pois esta expressa a pré-ponderação do legislador constituinte, o qual observando a regra geral (princípio) criou uma exceção para alguns casos específicos (positivando regras), as quais devem ser seguidas. Em palavras outras, somente há espaço para ponderação do intérprete quando o legislador já não o fez de forma expressa, positivando uma regra de exceção. (...)” (Willis Santiago Guerra Filho. artigo jurídico: Renúncia e transação no Direito do Trabalho. Uma nova visão constitucional à luz da teoria dos princípios)

“(...) não se chega a um resultado aceitável, ao utilizar um meio tão pouco preciso e vago de ordenação da conduta, como são os princípios. (...) a decisão sobre qual dos dois haverá de prevalecer não é possível ser tomada antes de verificadas as situações em que se conflitam, do que decorre a inadequação de normas gerais e abstratas para regulá-las. O que se precisa e se pode, então fazer é estabelecer procedimentos para que se chegue a essas decisões, procedimentos estes que naturalmente deverão ser dotados de determinadas características para cumprir a função sócio-política que assumem nesse contexto”. (A filosofia do Direito aplicada ao Direito Processual e à teoria da Constituição. Atlas. 2ª. Ed. 2002. SP)

“(...) o princípio da proporcionalidade determina a busca de uma “solução de compromisso”, respeitando-se mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, e procurando desrespeitar o mínimo ao(s) outro(s), sem jamais lhe(s) faltar minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhes o “núcleo essencial”, onde se encontra entronizado o valor da dignidade humana, princípio fundamental e “axial” do contemporâneo Estado Democrático”. (...) Para solucionar as colisões entre os princípios constitucionais, portanto, “não há como se amparar em uma regulamentação prévia exaustiva, donde a dependência incontornável de procedimentos para atingir as soluções esperadas”. (artigo: Por uma Teoria Fundamental da Constituição: enfoque

A dignidade humana possuiria então uma dupla função: de limitar direitos fundamentais e de coibir restrições excessivas, por meio da configuração do mínimo existencial. Além disso, mesmo em havendo desvantagens para o interesse de pessoas, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito determina uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja juridicamente a melhor possível, o que seria descaracterizado, a nosso sentir, caso o mais que restringido seja aniquilado o núcleo essencial inerente a todo direito fundamental, inclusive aqueles de natureza social ou até, os que se projetam na dimensão mais ampla, transnacional. E neste núcleo essencial, como já se defende de há muito na doutrina germânica, encontra-se insculpida a dignidade humana.

Por outro lado, Ingo Wolfgang Sarlet afirma concordar com a tese majoritária, em sentido contrário, a qual não identifica a dignidade humana com o núcleo essencial dos direitos humanos, pelo menos não necessariamente, entendendo que nem todos os direitos fundamentais possuem um conteúdo em

fenomenológico. Willis Santiago Guerra Filho- <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/131006d.pdf>

(...) o “mandamento” ou “máxima da proporcionalidade”, ao mesmo tempo em que ocupa o posto mais alto na escala dos princípios, por ser o mais abstrato deles, por resolver seus problemas de colisões, contempla igualmente a possibilidade de “descer” à base da pirâmide normativa, informando a produção daquelas normas individuais que são as sentenças e as medidas administrativas. Por tudo isso, bem como pela íntima relação que guarda com a “essência” ou “ideia do direito” (Rechtsidee) - como já acentuou, entre outros, KARL LARENZ [30] -, é que se vê no princípio da proporcionalidade a expressão mais própria da norma fundamental (Grundnorm), a qual Kelsen nunca conseguiu definir de uma forma satisfatória, por só vislumbrá-la no topo de sua pirâmide normativa, quando o lugar mais acertado para um fundamento é mesmo na base de tal pirâmide. (Willis Santiago Guerra Filho. artigo jurídico: Renúncia e transação no Direito do Trabalho. Uma nova visão constitucional à luz da teoria dos princípios)

(...) “A ideia do direito, o “espírito das leis”, contudo, é a justiça, esse elemento sutil que anima o direito, para torná-lo propriamente correto, podendo se manifestar em situações concretas, desde que saibamos como partejá-la, repartindo adequada e proporcionalmente com os envolvidos o que naquele momento e desde antes lhes seja devido, em respeito à sua dignidade e igualdade de sujeitos às dores e sofrimentos dos que se sabem finitos no infinito insabido... (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *(Anti-)Direito e força de lei/ lei*. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 4, dez. 2006, p. 65-81. Disponível em: <http://www.panoptica.org>. Acessado em: 09.2011).

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. 3 ed. São Paulo: SRS, 2007, págs 142 e 143. 4. Prevê ainda o autor que não há como se amparar em uma regulamentação prévia exaustiva, havendo uma dependência incontornável de procedimentos; e que tal interpretação constitucional seria necessária apenas quando “não se obtenha como resultado da operação exegética uma “interpretação conforme à Constituição”(…), que é uma interpretação de acordo com as opções valorativas básicas, expressas no texto constitucional”.

(...) A dignidade da pessoa humana, por conseguinte, presta-se ao mesmo tempo para limitar direitos fundamentais – na medida em que é buscando sua maior efetivação que, no caso concreto, um princípio que os veicule pode ter sua aplicação restringida em favor de outro –, como também para coibir restrições excessivas, por meio da configuração do mínimo existencial”. (Willis Santiago Guerra Filho, *Por uma teoria fundamental da constituição – enfoque fenomenológico*).

dignidade, apesar de todos possuírem um núcleo essencial (cláusula pétrea); entende ainda que tal garantia restaria esvaziada em se aceitando uma identidade absoluta com o conteúdo em dignidade.

Explica seu entendimento de não possuírem os direitos fundamentais o mesmo conteúdo em dignidade, já que dela constituem exigências e concretizações em maior ou menor grau de intensidade, além de existirem direitos fundamentais sem um conteúdo aferível em dignidade. *Verbis*:

[...] É justamente neste contexto que o princípio da dignidade da pessoa humana passa a ocupar lugar de destaque, notadamente pelo fato de que, ao menos para alguns, o conteúdo em dignidade da pessoa humana acaba por ser identificado como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais, ou pela circunstância de – mesmo não aceita tal identificação – se considerar que pelo menos (e sempre) o conteúdo em dignidade da pessoa em cada direito fundamental encontra-se imune a restrições. A tese de acordo com a qual a dignidade da pessoa humana não se identifica (não se confunde), pelo menos não necessariamente, com o núcleo essencial dos direitos fundamentais tem prevalecido e é também por nós acolhida, seja pelo fato de estarmos convencidos de que nem todos os direitos fundamentais possuem um conteúdo em dignidade, mas todos possuem um núcleo essencial (já que é vedada a sua abolição – cláusula pétrea), seja pela circunstância de que – na esteira do que sustenta a doutrina majoritária – tal garantia restaria esvaziada em se aceitando uma identidade absoluta com o conteúdo em dignidade. Neste contexto, cumpre lembrar que, muito embora não tenhamos, na Constituição de 1988, uma garantia expressa da proteção do núcleo essencial contra restrições legislativas, doutrina e jurisprudência têm reconhecido tal garantia, que, de resto, decorre da vedação expressa da abolição efetiva e tendencial dos direitos fundamentais pelo poder de reforma constitucional (art. 60, p. 4º. CF88).¹⁴⁶

¹⁴⁶ Ingo Wolfgang Sarlet:

“(..)a doutrina alemã entende que a garantia das condições mínimas para uma existência digna integra o conteúdo essencial do princípio do Estado Social de Direito, constituindo uma de suas principais tarefas e obrigações. (...) de qualquer modo, tem-se como certo que a garantia efetiva de uma existência digna, abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta. (...) registre-se, neste contexto, a lição de Heinrich Scholler, para quem “a dignidade da pessoa humana apenas estará assegurada quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade”. (...) o próprio conteúdo do assim designado mínimo existencial, que não pode ser confundido com o que se tem chamado de mínimo vital ou um mínimo de sobrevivência, de vez que este último diz com a garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida com qualidade.(...)”.

“(...) firma-se posição no sentido de que o objeto e o conteúdo do mínimo existencial, compreendido também como direito e garantia fundamental, haverá de guardar sintonia com uma compreensão constitucionalmente adequada do direito à vida e da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional fundamental. (...) no caso do Brasil, (...) os próprios direitos sociais específicos (como a assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, o salário mínimo dos trabalhadores dentre outros) acabaram por abarcar algumas das dimensões do mínimo existencial, muito embora não possam e não devam ser (os direitos sociais) reduzidos pura e simplesmente a concretizações e

Ainda, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, no mínimo em dignidade humana estaria englobado o mínimo existencial, condições mínimas para uma existência digna, que garanta não apenas a sobrevivência física, mas em condições dignas, portanto, englobando os próprios direitos sociais específicos, como a assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, o salário mínimo dos trabalhadores, direito a uma vida digna e saudável, portanto, direito a uma vida com qualidade, consoantes parâmetros da Organização Mundial da Saúde (OMS), quando se refere a um completo bem-estar físico, mental e social, compreendendo o mínimo indispensável com respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Contudo, seria impossível de se estabelecer a priori, de forma taxativa um elenco dos elementos nucleares do mínimo existencial, no sentido de um rol fechado de posições subjetivas, sendo a solução do conteúdo acerca do mínimo existencial buscada em cada caso concreto.

Outrossim, Robert Alexy entende que a garantia do conteúdo essencial¹⁴⁷:

[...] não cria em relação à máxima da proporcionalidade, nenhum limite

garantias do mínimo existencial...”.

“Neste contexto, há que enfatizar que o mínimo existencial – compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna (e portanto, saudável) tem sido identificado – por muitos como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade.”

“É precisamente neste sentido que compreendemos a proposta de A. P. de Barcellos, (...) ao incluir o mínimo existencial a garantia da educação fundamental, da saúde básica, da assistência aos desamparados e do acesso à justiça, pena de fecharmos de modo constitucionalmente ilegítimo (ou pelo menos problemático) o acesso à satisfação de necessidades essenciais...”. (página 394. Os direitos fundamentais sociais. O direito a uma vida digna (mínimo existencial) e o direito privado: apontamentos sobre a possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. Malheiros. São Paulo. 2010. Livro: *Dignidade da Pessoa Humana, Fundamentos e critérios interpretativos* - nota 50)

Continua o autor: “Neste mesmo contexto, ou seja no âmbito de uma função protetiva (e portanto, defensiva) da dignidade – situa-se a noção de que a dignidade da pessoa humana constitui um dos critérios materiais para a aferição da incidência de uma proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais, notadamente (mas não exclusivamente) na esfera dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional. (...) eventuais medidas supressivas ou restritivas de prestações sociais implementadas (e, portanto, retrocessivas em matéria de conquistas sociais) pelo legislador haverá de ser considerada inconstitucional por violação do princípio da proibição do retrocesso, sempre que com isso restar afetado o núcleo essencial legislativamente concretizado dos direitos fundamentais, especialmente e acima de tudo nas hipóteses em que resultar uma afetação da dignidade da pessoa humana no sentido de um comprometimento das condições materiais indispensáveis para uma vida com dignidade, no contexto daquilo que tem sido batizado como mínimo existencial”. “(...) o que importa, no momento, é que sempre se poderá afirmar, ... que a dignidade da pessoa atua simultaneamente como limite dos direitos e limite dos limites, isto é, barreira última contra a atividade restritiva dos direitos fundamentais, o que efetivamente não afasta a controvérsia sobre o próprio conteúdo da dignidade e da existência, ou não, de uma violação do seu âmbito de proteção”.

¹⁴⁷ *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 301.

adicional à restringibilidade dos direitos fundamentais. Visto que ela é equivalente a uma parte da proporcionalidade, fornece ela mais uma razão a favor da vigência dessa máxima.

Denota-se que Ingo Wolfgang Sarlet adota uma posição relativa acerca da dignidade da pessoa humana, entendendo esta como ao mesmo tempo princípio e regra, sem um caráter absoluto, apesar de considerá-la em posição de destaque no topo da hierarquia das normas, sendo ainda um princípio aberto, em constante construção, admitindo a existência de algumas condições nas quais o princípio da dignidade assume precedência em face dos demais princípios, bem como ressaltando a existência de doutrina germânica que considera o princípio da dignidade da pessoa humana um pouco mais elevado do que os demais princípios, questionando a coerência lógica do pensamento de Robert Alexy neste ponto, que de fato se mostra vacilante, em um dos raros momentos ao longo de sua já clássica tese de livre docência, a “Teoria dos Direitos Fundamentais”.¹⁴⁸

Ainda, Ingo Wolfgang Sarlet entende que quanto maior for a desigualdade fática entre as partes na relação entre particulares, mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo e menor será a proteção que deverá ser dada à autonomia privada, devendo ser observado o grau de autonomia real das partes envolvidas. *Verbis*:

[...] firma-se posição no sentido de que o objeto e o conteúdo do mínimo existencial, compreendido também como direito e garantia fundamental, haverá de guardar sintonia com uma compreensão constitucionalmente adequada do direito à vida e da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional fundamental. [...] no caso do Brasil, [...] os próprios direitos sociais específicos (como a assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, o salário mínimo dos trabalhadores dentre outros) acabaram por abarcar algumas das dimensões do mínimo existencial, muito embora não possam e não devam ser (os direitos sociais) reduzidos pura e simplesmente a concretizações e garantias do mínimo existencial [...] o mínimo existencial – compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna (e portanto, saudável) tem sido identificado – por muitos como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo

¹⁴⁸ “(...) Também no âmbito da doutrina germânica há quem tenha contestado o pensamento de Alexy neste ponto, alegando que a norma consagrada da dignidade da pessoa revela uma diferença estrutural em relação às normas de direitos fundamentais, justamente pelo fato de não admitir uma ponderação no sentido de uma colisão entre princípios, já que a ponderação acaba sendo remetida à esfera da definição do conteúdo da dignidade. (neste sentido, a crítica de T. Gedderr-Steinacher, p. 128-139, MENSCHENWURDE ALS VERFASSUNGSBEGRIFF)”. Segundo o autor, há doutrina divergente à de Alexy, entendendo que este embasou sua tese em decisões que não representam a tendência dominante no âmbito da jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha. (Os direitos fundamentais sociais. O direito a uma vida digna (mínimo existencial) e o direito privado: apontamentos sobre a possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. Malheiros. São Paulo. 2010. Livro: *Dignidade da Pessoa Humana, Fundamentos e critérios interpretativos* - nota 50).

este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade.[...] É precisamente neste sentido que compreendemos a proposta de A. P. de Barcellos, [...] ao incluir o mínimo existencial a garantia da educação fundamental, da saúde básica, da assistência aos desamparados e do acesso à justiça, pena de fecharmos de modo constitucionalmente ilegítimo (ou pelo menos problemático) o acesso à satisfação de necessidades essenciais.¹⁴⁹

Ingo Wolfgang Sarlet possui pontos de contato e também de divergência com o posicionamento de Wilson Steinmetz; convergência quando ambos analisam o grau de autonomia real das partes envolvidas quando do conflito entre direitos fundamentais; e divergência quanto aos critérios *prima facie* traçados por Wilson Steinmetz, já que segundo o primeiro a solução somente se daria na análise de cada caso concreto.

Wilson Steinmetz ao tratar do princípio da proporcionalidade, na esteira da doutrina germânica, traz a regra da intangibilidade do núcleo essencial dos direitos fundamentais¹⁵⁰, entendendo que deve ser levada em consideração, no caso de conflito de direitos fundamentais em uma relação horizontal (entre particulares), a existência ou não da autonomia de vontade, estabelecendo uma proposta de primazias *prima facie*, NO ÂMBITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS, as quais estabelecem uma certa ordem ou hierarquia fraca entre os direitos fundamentais, não sendo precedências definitivas, contudo, mas em casos de colisão exigindo a satisfação de um ônus de argumentação para que prevaleça o outro direito em confronto às primazias *prima facie*:

[...] (1): em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de igualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual (de conteúdo pessoal) ante o princípio da autonomia privada.

¹⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana, Fundamentos e critérios interpretativos*. Artigo: Os direitos fundamentais sociais. O direito a uma vida digna (mínimo existencial) e o direito privado: apontamentos sobre a possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. Malheiros. São Paulo. 2010. - nota 50. p. 394 e ss.)

¹⁵⁰ “aplica-se aos casos de conflitos entre direitos fundamentais e/ou bens constitucionalmente protegidos, (...) estando sujeitos aos limites da intangibilidade do núcleo essencial dos direitos fundamentais e do exame da proporcionalidade. (...) (...) Há uma progressão do tipo lógico no seguinte sentido: se a restrição (o meio, a medida) não é adequada para atingir o fim pretendido, então, sequer é preciso verificar se ela é necessária e, depois, proporcional em sentido estrito, porque pelo simples fato de não ser adequada ela já não atende ao princípio da proporcionalidade. Virgílio Afonso da Silva reporta-se a tal progressão como uma relação de subsidiariedade entre adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. (...) A posição preferente dos direitos fundamentais exige que toda e qualquer restrição a direito fundamental, independentemente da origem e forma, deve ser conforme à constituição ou com ela não-contraditória, o que significa que a finalidade pretendida com a restrição deve ser constitucionalmente legítima ou possível”. (Interpretação constitucional, Virgílio Afonso da Silva, Artigo: Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada – Wilson Steinmetz).

(2): em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de desigualdade fática, há uma precedência prima facie do direito fundamental individual (de conteúdo pessoal) ante o princípio da autonomia privada.

(3): em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de igualdade fática, há uma precedência prima facie do princípio da autonomia privada ante o direito fundamental individual de conteúdo patrimonial.

(4): em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de desigualdade fática, há uma precedência prima facie do direito fundamental individual (de conteúdo patrimonial) ante o princípio da autonomia privada.

[...] Portanto, somente em (3) há uma precedência prima facie em favor do princípio da autonomia privada [...] Por fim, enfatize-se que se trata de precedências (gerais) prima facie e não de precedências definitivas. Contudo, e isto também precisa ser enfatizado, o afastamento ou a inversão dessas precedências prima facie nos casos concretos de colisão exige a satisfação de um ônus de argumentação (Interpretação constitucional, Virgílio Afonso da Silva, Artigo: Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada – Wilson Steinmetz).¹⁵¹

Por derradeiro, Virgílio Afonso da Silva entende que¹⁵², embora a nossa Constituição Federal possua elementos de uma teoria social-estatal, que seria possível em algumas hipóteses que os direitos fundamentais fossem, observadas algumas condições que expõe, objeto de disposição pela livre vontade de seus titulares, mas que haverá de ser observada em cada caso concreto a existência de real autonomia das partes e a existência ou não de superioridade de uma delas. Por conseguinte, que havendo superioridade de uma das partes restringindo a autonomia de vontade da outra, a essa autonomia deverá ser conferido um peso menor do que seria se a autonomia fosse plena.

Neste aspecto o autor parece acompanhar a doutrina de Wilson

¹⁵¹ Wilson Steinmetz. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. 2004, São Paulo, Malheiros. Páginas 220 e segs. “ (...) o que se propõe aqui, assenta-se nisto: (i) no plano normativo: (ia) na posição preferente dos direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira e (ib) em um juízo de peso sobre os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º. III), da liberdade (art. 5º. Caput) e da igualdade (art. 5º. Caput), no plano analítico : na distinção entre direitos fundamentais de conteúdo pessoal e direitos fundamentais de conteúdo patrimonial; e (iii) no plano empírico: em uma descrição esquemática dos traços gerais das relações de poder nas quais ocorrem colisões entre direitos fundamentais e princípio da autonomia privada. (...) mais precisamente no caso de colisão entre direito fundamental e princípio da autonomia privada há que se verificar, in concreto, a condição econômico-financeira, a posição social, a influência (prestígio) na comunidade e a capacidade reflexiva dos particulares contratantes e avaliar em que medida todas, algumas ou uma dessas variáveis foram ou são determinantes para a restrição (ou para a renúncia) contratual a direito fundamental de um dos particulares. Trata-se de verificar se há uma relação de imposição-sujeição (poder-sujeição ou poder-subordinação) entre os particulares contratantes e, em caso positivo examinar se essa relação de imposição-sujeição foi ou é relevante para a restrição (ou a renúncia) a direito fundamental contratualizada in concreto. Em última análise, trata-se de formar um juízo sobre a qualidade do consentimento do particular cujo direito fundamental foi ou é afetado.”

¹⁵² A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, páginas 127 e segs.- 6.5 Uma teoria dos direitos fundamentais: breves considerações.

Steinmetz, entendendo que quanto maior for a desigualdade fática entre as partes na relação entre particulares, mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor será a proteção que deverá ser dada à autonomia privada.

[...] em uma colisão entre direitos fundamentais que tenham a estrutura de princípios, vale a chamada lei de colisão que tem a seguinte redação: quanto maior for o grau de não-realização ou de restrição de um princípio, maior terá que ser a importância da realização do princípio que com ele colide... ocorre que esse raciocínio não se aplica na relação entre particulares, ..nesses casos, a análise não segue o mesmo padrão. [...] segundo Sarmento (Daniel Sarmento), quanto maior for a desigualdade fática entre as partes na relação entre particulares, mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor será a proteção que deverá ser dada à autonomia privada (Direitos fundamentais e relações privadas, p. 303)..não se está diante de um sopesamento...o que importa, é, tão-somente o grau de desigualdade entre as partes envolvidas. Não se pode, portanto, falar em sopesamento. [...] Ao inverso, numa situação de tendencial igualdade entre as partes, a autonomia privada vai receber uma proteção mais intensa, abrindo espaço para restrições mais profundas ao direito fundamental com ela em conflito. Por desigualdade fática Sarmento entende a existência de uma desigualdade material. (relações assimétricas não igualitárias. Dito de outra maneira, o grau de autonomia real das partes pode ser um critério válido e útil para resolver os possíveis conflitos. [...] Há, contudo, uma diferença sutil, mas fundamental, entre ambas as ideias. Sarmento fundamenta sua assimetria por um critério estanque: sempre que houver desigualdade material, haverá uma assimetria na relação entre particulares que deverá diminuir o valor da autonomia privada. Há aqui, assim entendo, uma equiparação – um pouco maniqueísta – entre uma desigualdade fática com uma desigualdade material. [...] MAIS DO QUE ISSO, e aqui surge o ponto mais importante, para Bilbao Ubillos o critério mais importante é o grau de autonomia real das partes envolvidas. Esse grau de autonomia não guarda, necessariamente uma relação com o grau de igualdade material entre essas partes. Dito de outra forma, é perfeitamente possível que em uma relação entre particulares haja um enorme grau de autonomia na escolha dos termos e condições da relação, ainda que haja uma considerável desigualdade material e de poder entre as partes. Além disso, se a resolução de colisões de princípios se resolve sempre tendo em mente o caso concreto, o que significa que toda relação de prevalência entre eles só pode ser condicionada ao próprio caso concreto, não é possível pressupor desigualdades materiais como fundamento, incondicionado, de assimetrias nas relações entre particulares, e daí concluir, também incondicionalmente, que em toda relação em que houver desigualdade material entre as partes a autonomia privada deverá ter seu peso relativizado. Como conclusão, há que ser ressaltar que o grau real de autonomia privada verificável em concreto, deve sim, ser levado em consideração na decisão do caso..sempre que houver de fato, fatores que impeçam que uma das partes tome decisões no pleno exercício de sua autonomia privada, a essa autonomia deverá ser conferido um peso menor do que seria se a autonomia fosse plena.

153

¹⁵³ “(...) Quando nenhum desses fatores (desequilíbrio da relação entre particulares ou eventual falseamento da real autonomia privada) estiver presente, deve-se partir de uma precedência

Partindo-se de um entendimento mais amplo quanto ao conceito do núcleo essencial intangível, como fazendo parte destes todos os direitos sociais

prima facie da autonomia privada frente a eventuais direitos fundamentais envolvidos. Essa precedência por ser apenas prima facie, pode ser revertida. O FATOR mais importante para tal reversão é a intensidade da restrição aos direitos fundamentais envolvidos na relação. Ainda que haja SIMETRIA DE PODERES E REAL EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA em uma determinada relação entre particulares, o peso do princípio formal expressado pela autonomia privada tende a ser menor quanto maior for a intensidade de restrição aos direitos fundamentais envolvidos. Assim, os argumentos contra a autonomia privada são tão maiores quanto maior for a intensidade da limitação ao direito fundamental envolvido, mas ressalte-se ..aqui também não ocorre um sopesamento entre a autonomia privada e os direitos fundamentais envolvidos, porque a autonomia privada, é um princípio meramente formal, cuja função principal no âmbito que aqui importa é sustentar competências. Nesse sentido, ela é um princípio desprovido de conteúdo.. não há como , portanto, sopesá-la com princípios materiais – os direitos fundamentais – porque falta um valor de comparação entre ambos”. (página 159)

“(7.6.5.4)(...) a autonomia privada e regra da proporcionalidade- Há autores que sustentam que a solução para a colisão entre direitos fundamentais, de um lado, e autonomia privada, de outro, segue padrões semelhantes aos da colisão entre direitos fundamentais em geral. A partir daí, o passo seguinte costuma ser o recurso à regra da proporcionalidade...esse recurso parece-me problemático por duas razões principais. A primeira ..diz respeito à impossibilidade de um sopesamento entre a autonomia privada e direitos fundamentais. Mas como se sabe, o sopesamento é apenas um dos instrumentos abrangidos pela regra da proporcionalidade. Antes dele, exige-se do intérprete que realize os chamados testes da adequação e da necessidade, que, em linhas gerais, podem ser definidos da seguinte forma: uma medida é adequada, se com ela, os fins perseguidos são fomentados; ela é, além disso, necessária, se não houver outra medida que seja, ao mesmo tempo , menos restritiva de direitos e tão eficiente quanto a medida adotada....seria necessário, diante disso, que se examinasse se a restrição contratual ao direito fundamental é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. (...) Steinmetz não se dedica, contudo, a desenvolver um modelo de aplicação dos dois primeiros passos da proporcionalidade (testes da adequação e da necessidade), e concentra-se apenas no último dos testes, a proporcionalidade em sentido estrito, para o qual desenvolve um modelo dogmático próprio, baseado sobretudo na idéia de precedências prima facie. Na ausência de maiores desenvolvimentos pressuponho aqui que Steinmetz sustente que os testes de adequação e da necessidade de uma medida restritiva de direitos fundamentais baseada na autonomia privada devem ser levados a cabo da mesma forma como ocorre nos casos de medidas estatais que restrinjam direitos fundamentais. Essa é, no entanto, uma transposição que não me parece possível. (em sentido semelhante Lothar Hirschberg)(...) Steinmetz salienta que toda e qualquer restrição a direito fundamental – incluindo-se aí aquelas decorrentes de atos de particulares – deve estar vinculada a uma finalidade constitucionalmente legítima(...) Mas o problema maior da utilização da proporcionalidade aos casos de restrição a direitos fundamentais decorrentes de atos de autonomia privada pode ser percebido na tentativa de se aplicar o teste da necessidade a esses casos. Na forma como aplicada no controle de atos estatais restritivos de direitos fundamentais, uma medida que limita um direito fundamental somente é necessária caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida o direito fundamental atingido. (mas no caso não seria possível aplicar este raciocínio às relações entre particulares - segundo o autor) Exigir que os particulares adotem, nos casos de restrição a direitos fundamentais, apenas as medidas estritamente necessárias – ou seja, as menos gravosas – para o atingimento dos fins perseguidos nada mais é do que retirar-lhe a autonomia de livremente dispor sobre os termos de seus contratos. Diante disso, as precedências prima facie que o próprio Steinmetz desenvolve perdem um pouco de seu sentido...”

consagrados pela Constituição Federal, seriam apenas possíveis limitações e flexibilizações com fundamento na própria Constituição Federal e via princípio da proporcionalidade.

Com base neste entendimento, fora das limitações previstas na Constituição Federal, não haveria que se falar em proporcionalidade de renúncias, transações ou leis infraconstitucionais que diminuíssem ou extinguissem tais direitos.

O contrato de trabalho deve ser justo, sendo a relação de emprego uma relação de desequilíbrio, entre desiguais e o trabalhador hipossuficiente. O Direito do trabalho não pode e não deve ser interpretado consoante as regras previstas para o direito civil, por exemplo, já que não há igualdade entre as partes contratantes, sendo um prolongamento da própria personalidade do indivíduo.

Nem todas as condições de trabalho são absolutas, irremovíveis e indisponíveis, algumas podem ser relativizadas, mas não o núcleo que por sua natureza constituiu um núcleo duro, que deverá ser protegido ao máximo, permitindo-se a modificação de alguns institutos, visando à manutenção dos empregos em tempos de crise, permitindo-se a flexibilização das condições de trabalho nos casos consagrados pela Constituição Federal.

Devem ser compatibilizados e quando em conflito analisados via princípio a proporcionalidade, a tutela do trabalhador e o desenvolvimento econômico e tecnológico, ganhando cada vez mais relevo a teoria da função integradora do Direito do Trabalho, entendendo que este deverá conciliar e coordenar os interesses entre capital e trabalho, entre segurança e flexibilização.

No tocante a irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, mesmo que por meio de convenção coletiva, ressalta-se a posição do Desembargador do TRT-SP Dr. Marcelo Papaléo de Souza entendendo que de nada adiantaria a legislação protetora se fosse permitida a renúncia dos direitos trabalhistas.¹⁵⁴

Por sua vez, o Desembargador do TRT-SP Dr. Sérgio Pinto Martins entende que em casos de crise seria admissível certa flexibilização das condições de trabalho em atenção ao princípio da continuidade das empresas, por negociação

¹⁵⁴ (...) “princípio da irrenunciabilidade. De importância equivalente ao princípio da proteção temos o princípio da irrenunciabilidade, pois nada adiantaria uma legislação protetora se fosse permitida a renúncia do direito pela parte mais fraca. Ressalta Alfredo J. Ruprecht que o que caracteriza o direito trabalhista é principalmente a tutela dos direitos dos trabalhadores, para que não sejam conculcados ou diminuídos por ignorância ou falta de capacidade de negociar. (Os princípios do direito do trabalho, São Paulo, LTR, 1995, páginas 29 e segs.)

...tal situação deve ser impedida, pois de nada adiantaria a existência de legislação protetora se por ato do trabalhador se admitisse a renúncia desses direitos. (...) O que está vedado, pela presunção absoluta (*iuris et de iure*) do vício de vontade do empregado, é a renúncia de direitos assegurados na legislação ou decorrentes de outras fontes. O estado não pode permitir a renúncia de direitos do trabalhador, como guardião da efetiva proteção dos seus direitos. Na CLT há regras que incorporaram o princípio da irrenunciabilidade, arts. 9º. e 468 bem como o art. 444 que preveem a liberdade contratual, limitada à não contrariedade das normas de proteção ao trabalhador”. (Marcelo Papaléo de Souza, A lei de recuperação e falência e as suas consequências no direito e no processo do trabalho, 3ª. Ed. LTR, 2009, páginas 94 -95).

coletiva, mas não seria possível tal flexibilização quando diante de normas de ordem pública, que não podem ser alteradas pela vontade das partes, como no caso da norma mínima contida na Constituição e nas leis. Ou seja, entende que a flexibilização não poderá ser realizada sobre direitos mínimos assegurados ao trabalhador pela Constituição Federal, salvo nos casos em que a própria Constituição abre exceções, como nos casos dos incisos IV, XIII e XIV do art. 7º., mediante negociação coletiva. Não seria possível a flexibilização de normas de higiene e segurança do trabalho, pois são fundamentais à saúde do empregado, se contradizendo ao final ao concluir que poderiam ser realizadas flexibilizações respeitando-se o artigo 618 da CLT, ressaltando que há entendimentos no sentido de ser tal dispositivo legal inconstitucional, pois a Constituição Federal autoriza apenas a flexibilização nos casos do artigo 7º. Em algumas passagens, porém, se contradiz novamente ao ressaltar a ampla possibilidade de flexibilização, nos termos do artigo 618 da CLT, contudo não sendo possível nas áreas ligadas à saúde do trabalhador, como normas sobre exames médicos, insalubridade e periculosidade, embora também destaque a ausência de poder de negociação dos sindicatos e que não há estudos científicos a confirmar que a diminuição dos encargos sociais iria contribuir para a diminuição do desemprego e da informalidade. Cita o autor alguns exemplos de direitos dos trabalhadores ligados ao direito à saúde, e outras que seriam indisponíveis¹⁵⁵:

[...] Podem ser consideradas normas relativas à saúde do trabalhador: a

¹⁵⁵ Flexibilização das condições de trabalho, página 107; Artigo 618 CLT: “na inexistência de convenção ou acordo coletivos e observadas as demais disposições do título VI da CLT, a lei regulará as condições de trabalho”.

“ (...) o desemprego crescente e a inflação constante trazem um enfraquecimento do poder de reivindicação e de negociação dos sindicatos. Em épocas adversas há muito o que negociar. ..por isso é mister a observância do mínimo legal e constitucional. Apenas em situações excepcionais, como as descritas na Norma Magna, é que seria possível estabelecer situações para pior.(..) O ideal é que a flexibilização fosse feita por acordo coletivo de trabalho, por ser descentralizado e atender às peculiaridades de cada empresa, como seu tamanho, seu tipo societário, etc. A flexibilização pela convenção coletiva generaliza, pois no nosso sistema atinge toda a categoria, sem fazer distinção entre empresas grandes e pequenas (...) haverá possibilidade de flexibilização em outras hipóteses, desde que atendido o artigo 618 da CLT...se é possível a diminuição do salário, que tem natureza salarial e é o mais, seria possível alterar outras regras desde que observado o artigo 618 da CLT..”

“ a flexibilização não poderá ser feita sobre direitos mínimos assegurados constitucionalmente ao trabalhador, salvo quando a própria lei maior a permitir, como nos incisos VI, XIII, XIV do art. 7º. ..também não será possível a flexibilização de normas de higiene e segurança do trabalho, pois são fundamentais à saúde do trabalhador (...) Não temos sindicatos fortes no Brasil, salvo poucas exceções, e o empregador poderá impor condições de trabalho menos favoráveis aos trabalhadores, ainda que com a assistência dos sindicatos. Em certos locais o patrão, o coronel impõe a regra ao empregado ou ao sindicato. Nas localidades em que o sindicato não tem poder de pressão, poderão ser feitos acordos muito piores do que a previsão da lei, em detrimento do polo mais fraco da relação que é o empregado. Não há estudos científicos que mostrem que a redução dos encargos sociais e a prevalência do negociado sobre o legislado irá resolver a informalidade e o desemprego”(página 107 e segs., páginas 116 e segs. e páginas 128 e segs., respectivamente).

concessão dos intervalos contidos no art. 71 da CLT,...o intervalo do artigo 72 da CLT, do art. 253 da CLT, e do art. 298 da CLT, as normas relativas a exame médico, EPI, primeiros socorros, as de segurança e medicina do trabalho, (CIPA, insalubridade e periculosidade), seguridades social, salário maternidade, FGTS, organização sindical, greve.¹⁵⁶

Amauri Mascaro do Nascimento¹⁵⁷ entende que deve ser feita uma distinção entre duas áreas de condições de trabalho, embora afirme inexistir uma linha divisória que a rigor as separe: entre os direitos absolutos, denominados de direitos primários, e os relativos, denominados de direitos derivados. Os direitos primários seriam os direitos básicos, que se referem às condições de trabalho que por sua natureza seriam indisponíveis. São direitos primários trabalhistas, e, portanto, absolutos, intangíveis:

aqueles que dão o tratamento especificado favorável à defesa de bens jurídicos de valor maior; por exemplo, a dignidade do ser humano que trabalha, a proteção da sua vida, saúde, integridade física, a obrigatoriedade do descanso no trabalho...a defesa moral..., preservando o mínimo necessário para a boa concepção dos objetivos do direito do trabalho, meio ambiente do trabalho e as suas características para que permitam o desenvolvimento da atividade de

¹⁵⁶ Páginas 119 e segs. e páginas 128- 129, obra citada. “ (...) Ressalta ainda o autor que não temos sindicatos fortes no Brasil, salvo poucas exceções, e o empregador poderá impor condições de trabalho menos favoráveis aos trabalhadores ainda que com a assistência do sindicato.(...) Não há estudos científicos que mostrem que a redução de encargos sociais e a prevalência de negociado sobre o legislado irão resolver a informalidade e o desemprego, pois o empregador poderá fazer a automação de seu estabelecimento, aumentando a produtividade sem contratar trabalhadores. (...)a legislação estatal não pode ser integralmente suprimida, estabelecendo-se a total desregulamentação do Direito do Trabalho. Neste, não vigora a plena autonomia privada, pois o empregado não é igual ao empregador, é desigual economicamente em relação ao último, ficando sujeito a pressões para ser admitido ou na vigência do contrato de trabalho. (...) (O trabalhador) não pode ficar totalmente desprotegido, sujeito à lei do mais forte ou à do mercado. (...) deve a flexibilização ser observada por prazo determinado, enquanto as alterações existirem, enquanto persistirem as crises. A partir do momento em que deixarem de existir, retorna-se à situação anterior. A flexibilização deveria ser utilizada apenas como exceção nas crises e não servir como regra”.

¹⁵⁷ “(...) Após a crise do petróleo em 1970 e os seus reflexos na economia mundial que entrou em recessão a OPEP triplica o preço do petróleo e o mundo passa por um certo declínio. Os empregos diminuem, cresceu outras formas de trabalho sem vínculo de emprego...a legislação é flexibilizada e surgem novas formas de contratação.(...) a principal meta dos sindicatos é a defesa do emprego e não mais a ampliação dos direitos trabalhistas. A classe trabalhadora começa a lutar por bandeiras diferentes das tradicionais, dentre as quais a redução das horas de trabalho como combate ao desemprego”(...). ganham relevo ...a consolidação da autonomia coletiva dos particulares, a valorização das práticas negociais, respeitando um patamar mínimo de garantias legais de proteção ao trabalhador. Abrande-se o teor protecionista da legislação brasileira”. (...) “ tanto a descentralização da produção como a possibilidade de produzir no exterior e não apenas internamente, e o aumento do desemprego, reduzem a capacidade de negociação coletiva dos sindicatos dos trabalhadores diante da pulverização das suas unidades de produção”. (Direito Contemporâneo do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2011, páginas 23 e segs.)

quem trabalha de modo saudável e não hostil a sua pessoa. Assim, estão no centro dos direitos primários aqueles que realmente são os mais expressivos, como os enumerados, e outros que venham a ser acrescentados de igual importância para o ser humano que trabalha.

Quanto aos direitos do trabalho derivados, são exemplos:

[...] funções do empregado, reduções justificadas de salário, horários de trabalho que não se confunde com jornadas de trabalho, componentes do salário, valor do salário, respeitados os imperativos das leis e das convenções coletivas, formas de estipulação de salários, participação nos lucros e resultados, concessão de utilidades salariais, tipos de jornadas de trabalho sem violação aos direitos primários, horários de início, de intervalos e de final da jornada com os mesmos cuidados, sistemas de prorrogação de horários, sistema de compensação de horários, sistemas de sobreaviso, época da concessão das férias sem violação do princípio da anualidade, licenças remuneradas ou não, treinamentos, viagens de qualificação profissional a outros países, concessões familiares além do salário-família, que é obrigatório, promoções, o modo como o trabalho profissional deve ser prestado no interesse dos objetivos da empresa e assim por diante.

No presente artigo busca-se o entendimento mais amplo possível sobre o conteúdo do piso vital mínimo inviolável e, portanto, absoluto, que compreenderia o direito a uma vida com qualidade, correspondendo aos direitos consagrados no artigo 6º. da Constituição Federal. Busca-se uma visão um pouco mais ampla do mínimo existencial a uma sobrevivência digna, com qualidade, permanecendo a regra da indisponibilidade e irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, ante a ausência de equilíbrio na relação e autonomia de vontade livre dos empregados, bem como o respeito aos direitos sociais consagrados pelo texto constitucional, não se permitindo flexibilizações a não ser nos casos expressos previstos na própria Constituição Federal, a qual demonstra mediante a regra do artigo 7º, VI, XIII e XIV que já pré-valorou a questão de ser possível ou não a flexibilização dos direitos dos trabalhadores, permitindo a mesma apenas nos casos específicos indicados, por meio de acordo ou convenção coletiva.

Neste ponto adota-se uma posição um pouco mais benéfica quanto à ampliação ao máximo (dentro do fático e do juridicamente possível) do conceito de mínimo existencial, inviolável e, portanto, absoluto, que deve corresponder às conquistas sociais, aos direitos fundamentais sociais consagrados pela Constituição Federal, como valores fundamentais a uma existência digna saudável, por fazerem estes partes exatamente do mínimo ou núcleo inviolável, aplicando-se o princípio que veda o retrocesso quanto às conquistas sociais.

Assim, por exemplo, o salário mínimo já foi estipulado visando englobar e assegurar diversos direitos por meio do mesmo, consoante artigo 6º *caput*cc artigo 7º. IV da Constituição Federal, devendo tais direitos ser considerados dentro do mínimo existencial, núcleo intangível e absoluto, dentro do princípio da

dignidade da pessoa humana, a ser verificado em cada caso concreto, mas sempre com respeito a tal mínimo, vedando-se o retrocesso que prejudique este mínimo de conquistas sociais, mesmo porque não se admite redução do salário abaixo do salário mínimo, mesmo por convenção ou acordo coletivos, apesar de existir enunciado do TST – Tribunal Superior do Trabalho prevendo a flexibilização do mínimo ao disciplinar o mínimo proporcional.

A presente conclusão é no sentido de ser absoluto e intangível o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, segundo alguns correspondendo à própria dignidade da pessoa humana, ou segundo a visão que se pretende adotar neste artigo, englobando também todos os direitos fundamentais sociais previstos no texto constitucional como núcleo intangível, a fim de garantir-se uma vida digna e saudável.

Portanto, os direitos sociais, os princípios fundamentais do direito do trabalho e toda a legislação trabalhista devem apontar para a interpretação constitucional com base no princípio da proporcionalidade, mas também com vistas ao mínimo existencial essencial e inviolável, entendido da forma mais ampla possível, vetando-se todo o retrocesso que tente anular ou restringir o mesmo.

Neste aspecto, não seria possível, por exemplo, se admitir a renúncia e a transação nem mesmo apenas em casos pontuais e de forma justificada, quando envolver direitos trabalhistas, vez que a prova da rigidez da manifestação de vontade, sem coação, erro ou outros vícios do consentimento, de forma livre e consciente, é extremamente difícil de ser realizada pelo empregado, até mesmo pela hipossuficiência técnica deste, ou seja, quanto à produção da prova.

Não entendemos ser possível a transação e a renúncia aos direitos dos trabalhadores, de plano (ou mesmo em casos pontuais e justificados), por não considerar como regra a existência de livre manifestação de vontade, para a grande parte dos trabalhadores, já que sua manifestação de vontade, sendo a parte mais fraca, hipotética, concreta e faticamente, em muitos casos estará viciada, pela coerção patronal, por erro, dolo e diante da sua premente necessidade de emprego para sobreviver, sendo flagrante o nível de desemprego, a alta carga de concentração de riquezas no Brasil, além de grande parte da população sequer saber ler e escrever.

Neste caso, poderia ser considerada em um primeiro momento a proibição de renúncia e transação, presumindo-se de forma relativa a inexistência de livre manifestação de vontade do empregado, em um primeiro momento, em todos os casos na relação de emprego, mas invertendo-se o ônus da prova contra o empregador que teria que fazer a prova da manifestação de vontade escorreita do empregado.

A Constituição Federal incluiu o princípio da garantia da propriedade privada entre os princípios da ordem econômica, subordinando o exercício dessa propriedade aos ditames da justiça social e da função social. Neste sentido, José

Afonso da Silva:

A CF88 é ainda mais incisiva no conceber a ordem econômica sujeita aos ditames da Justiça Social, para o fim de assegurar essa existência digna. Prê-ordena alguns Princípios da ordem econômica – a defesa do consumidor, do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego, que possibilita a compreensão de que o capitalismo concebido há que se humanizar (se é que isso é possível) (...). (...) é preciso em prestígio da História de sangue e suor da classe trabalhadora e do aprimoramento ético da Humanidade resgatar o verdadeiro papel que o Direito do trabalho cumpre na constelação dos Direitos Humanos e combater o pensamento único imposto pelo neoliberalismo em detrimento da democracia.¹⁵⁸

Destarte, não entendemos em se tratando de direitos sociais fundamentais, que já compreendem o núcleo vital básico, dentro do princípio da dignidade da pessoa humana, como seria possível uma lei infraconstitucional prever e comportar uma restrição proporcional, justificada aos direitos fundamentais sociais. Entendemos que já seria de pronto tida como inconstitucional, na medida em que ataca o núcleo vital de direitos fundamentais, constitucionalmente garantidos (mesmo diante de uma justificativa com carga elevada, ou seja, que de fato beneficiasse o trabalhador, apesar de suprimir de outro lado algum direito social fundamental).

Desta forma, seguindo-se esta linha de raciocínio não seria possível a restrição proporcional aos direitos trabalhistas por negociação coletiva, mesmo que observada a mencionada garantia de ser justificada e proporcional, uma vez que a própria Constituição Federal neste sentido possui regra expressa, pré-valorando a questão, e neste caso não caberia, portanto, a interpretação com base no princípio da proporcionalidade para se flexibilizar as condições de trabalho além das ressalvas já permitidas de forma expressa no texto constitucional (art. 7º. IV, XIII e XIV).

Portanto, apenas seria possível a flexibilização nos casos permitidos e previstos de forma expressa pela Constituição Federal, (incisos do art. 7º.), sem jamais afetar o núcleo básico dos direitos sociais, relativos à saúde, educação, segurança, integridade física e moral, segurança e medicina do trabalho, insalubridade e periculosidade, mesmo que tais flexibilizações estejam autorizadas por meio de convenção ou acordo coletivos.

¹⁵⁸ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 7. ed. São Paulo: RT, páginas 660-661.

2. SUSTENTABILIDADE EMPRESARIAL E A CRISE EMPRESARIAL NA ATUAL LEI DE FALÊNCIAS E DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS (LEI 11.101-2005) E NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO COMERCIAL BRASILEIRO (PL 1572/2011) - LIVRO IV

A ONU, em sua Declaração do Milênio reconhece de forma expressa a responsabilidade coletiva de se respeitar e defender os princípios da dignidade humana, da igualdade e da equidade, a nível mundial, devendo os Governos pautar suas agendas internas e internacionais não apenas com foco no crescimento do país limitando-se ao Produto Interno Bruto (PIB), mas sim buscando melhorias no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH).

O capitalismo selvagem, o hiperpatrimonialismo e a visão de lucro como fim em si mesmo e a qualquer custo cedem lugar à revalorização da pessoa, do princípio da dignidade da pessoa humana, conjugado com o princípio do valor social do trabalho, da justiça social, valores que deverão ser conjugados com a livre iniciativa, mas tendo em vista a dignidade da pessoa humana como um valor hierarquicamente superior aos valores econômicos (artigos 3º, 4º, 5º. XII, XXIII, 170, 186 da CF), na medida em que tal princípio não admite condicionamentos e relativismos.

É o respeito ao Estado Democrático de Direito o qual visa a busca da harmonia e equilíbrio entre interesses privados, interesses sociais, de coletividades, e interesses públicos, sendo neste aspecto imprescindível a utilização do princípio da proporcionalidade, sendo da essência e destinação deste a preservação dos direitos fundamentais. É essencial a colaboração ativa da iniciativa privada para com o Estado na execução de sua política ambiental e de desenvolvimento sustentável, ressaltando-se os deveres de solidariedade a fim de minorar os efeitos da desigualdade social.

É patente a relação entre desenvolvimento sustentável e a responsabilidade social empresarial (RSE) ou "corporate social responsibility" (CSR), com o fim de satisfazer as obrigações jurídicas, respeitar os direitos dos trabalhadores e investir no capital humano, sendo viável uma empresa atualmente, aquela com responsabilidade ética, ante a mudança de comportamento dos consumidores (consumidores verdes) e dos investidores em empresas socialmente responsáveis e sustentáveis, destacando-se o Índice de Sustentabilidade Empresarial (ISE), avaliando as empresas de capital aberto sobre tais aspectos.

O desenvolvimento sustentável possui relação com a responsabilidade social das empresas, com as boas práticas empresariais, ou governança corporativa, implicando no desenvolvimento da atividade econômica com respeito aos princípios da transparência, boa-fé e equidade, e de forma a concretizar os valores sociais consagrados pela Constituição Federal, bem como a fim de se alcançar a justiça social, um dos pilares da sustentabilidade empresarial.

Torna-se imprescindível a compatibilização da função social e dos

valores sociais do trabalho, visando à justiça social, com a busca do lucro pelos empresários (artigos 5º. XII, XXIII, 170, 186 da CF), exercendo a atividade empresarial, com respeito aos direitos trabalhistas, garantindo a efetiva participação nos lucros e na gestão das empresas, respeitando o princípio da não discriminação dos trabalhadores, garantindo o exercício de liberdade de associação e de participação em negociações coletivas, não usando mão-de-obra escrava, ou de menores de idade, fora dos casos permitidos nesta última hipótese pela Constituição Federal, ampliando-se a proteção também para a proibição de trabalho em atividades penosas por menores, prevista apenas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A correlação de dois direitos humanos fundamentais, o direito ao desenvolvimento e o direito a uma vida saudável, tendo por fundamento o valor jurídico da fraternidade, como meio de equilíbrio entre os valores da liberdade e da igualdade, já foi ressaltada pela Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e pela Declaração do Milênio, prevendo como uma das Metas do Milênio da Organização das Nações Unidas (ONU) a solidariedade, com a distribuição dos custos e responsabilidades com imparcialidade, de acordo com os princípios fundamentais da equidade e da justiça social; também merece destaque a Estratégia Internacional de Desenvolvimento aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 1970, prevendo como princípios adotados pelos países como fundamentais ao desenvolvimento: dar a todos maiores oportunidades de uma vida melhor, a distribuição mais equitativa da renda e da riqueza, a ampliação dos serviços sociais e a proteção do meio ambiente.

Por conseguinte, o princípio da proporcionalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana são critérios materiais para se possa aferir e contestar, em determinadas situações, a constitucionalidade, a legitimidade e a legalidade de leis infraconstitucionais.

Neste sentido a atual CLT – Consolidação das Leis do Trabalho precisaria ser alterada com vistas a permitir de forma expressa a cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade pelos trabalhadores, vez que atualmente há expressa vedação para a cumulação, sendo também o entendimento da jurisprudência majoritária do Tribunal Superior do Trabalho (TST), devendo ser permitida tal cumulação em homenagem aos princípios constitucionais da valorização do trabalho humano e da dignidade da pessoa humana. Da mesma forma deverá ser revista a questão da ampliação das hipóteses de periculosidade para outros casos concretos, além das hipóteses taxativas previstas expressamente em lei, tais como, substâncias radionizantes, vigilantes, locais de possíveis desmoronamentos de terras, alturas elevadas, etc.

No tocante ao direito empresarial se destaca a crise da empresa e a questão da recuperação de crédito na recuperação empresarial e na falência, sendo flagrante a inconstitucionalidade da atual Lei de Falência e de Recuperação de Empresas (Lei 11.101-2005) e também do Projeto de Código Comercial

Brasileiro (PL 1572/2011), por afronta aos princípios da dignidade da pessoa humana e proporcionalidade, já que tais leis foram editadas privilegiando a classe bancária, com justificativa a redução da taxa dos juros, em prejuízo dos direitos dos trabalhadores.

Uma vez que os bancos embutem em seus juros uma taxa de risco associada à hipótese de falência do devedor, socializando tais custos posteriormente com a distribuição entre os diversos devedores (taxa de spread). Na verdade, não se verificaram na prática os efeitos de redução da taxa de spread, apesar das preferências e privilégios concedidos às Instituições Financeiras por tais leis ante a maior facilidade de recuperação dos seus créditos.

Houve na edição de tais leis nítida afronta ao princípio da isonomia e ao princípio da proporcionalidade. Não há proporcionalidade na edição de leis, sob o argumento falacioso de que seu objetivo seria a diminuição do spread bancário e sua convergência aos padrões mundiais, mas que, na verdade, privilegiam ainda mais tal segmento da sociedade, já que as taxas de juros brasileiras já estão dentre as maiores do mundo, sendo também um dos países que menos oferece crédito à população (Fonte: Revista: Dinheiro, n. 558 de 11.06.2008, p.33).

Já que o spread bancário é composto apenas por 16% pela inadimplência, 19% por despesas administrativas, 29% por impostos, enquanto que a maior parte, 36% é formada pela margem líquida do banco, as margens de lucro são tão elevadas que garantem os lucros excessivos e desproporcionais aos bancos brasileiros, muito acima da média mundial. O spread bancário é composto pelas seguintes “taxas”: 16% pela inadimplência; 19% por despesas administrativas; 29% por impostos; 36% pela margem líquida do banco.

Verifica-se, pois, que a alegação de que o spread é elevado por causa da inadimplência não procede, pois sua maior parcela corresponde ao lucro das instituições financeiras, sendo que tais fatos corroboram ainda mais a hipossuficiência do consumidor bancário.

O projeto de Código Comercial Brasileiro apesar de prever a aplicação dos princípios da livre iniciativa, da liberdade de competição e da função social da empresa, consoante seu artigo 4º, na verdade acaba por contribuir para o *status quo* da atual visão neoliberal responsável pela exclusão social de milhares de pessoas e pela desigualdade social; não visa concretizar a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (artigo 3º, III CF), vez que não protege os direitos dos trabalhadores e mantém diversos privilégios inconstitucionais às instituições financeiras.

No livro IV ao tratar da crise da empresa, o projeto não traz previsão acerca (artigos 601, 606, III, 608, 637, e art. 640 caput e parágrafo único) da ordem de pagamento dos credores, quais créditos serão abrangidos e quais excluídos do processo de falência, da recuperação judicial e da recuperação extrajudicial, nem no que consistiriam as hipóteses que caracterizam a falência, sendo tais aspectos

afetos ao direito material, e, portanto, de imprescindível análise.

Podem ser tecidas como críticas e inconstitucionalidades da atual Lei de Falências e de Recuperação de empresas (Lei 11.101-2005) e do Projeto de novo Código Comercial Brasileiro (PL 1572/2011) - Livro IV:

- classificação dos credores na falência e limitação do crédito trabalhista a 150 (cento e cinquenta) salários mínimos por credor na primeira classe – art. 83, I, LRF e omissão do PL -e os decorrentes de acidentes de trabalho e equiparados (LRF) Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho;

II - créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado;

III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias;

Segundo a atual Lei de Falências e Recuperação de empresas, já que o projeto do Código Comercial é omissivo, o crédito que ultrapassar o limite de 150 salários mínimos por credor é reclassificado como crédito quirografário, sem qualquer garantia e possibilidade real de recebimento; não há um poder forte de negociação dos trabalhadores, seja individualmente, seja pela representação destes no Comitê de Credores, seja por intermédio dos sindicatos, permitindo-se na recuperação judicial, pela atual LFR, a diminuição dos salários por negociação coletiva.

Não deverá haver tal limitação de 150 salários por credor trabalhista e créditos decorrentes de acidentes de trabalho.

A Constituição de 1988 prevê a livre iniciativa e a valorização do trabalho como princípios da ordem econômica, que devem ser conjugados, além do respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Com tal limitação, houve afronta ao princípio da proporcionalidade: observando o critério da adequação, dentro do princípio da proporcionalidade a lei não poderia restringir os direitos dos trabalhadores, considerando a participação obrigatória dos credores, visando à melhoria das condições de solvabilidade do devedor e benefícios a todos. Também se verifica a afronta ao critério da necessidade: a diminuição de salários, a reclassificação dos valores acima de 150 salários mínimos por trabalhador não foram medidas menos onerosas, não foi o meio menos oneroso o utilizado pelo legislador ao restringir direitos dos credores em geral, somente beneficiando alguns, principalmente instituições de crédito e o Estado.

Há o desatendimento do critério da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito já que não se podem exigir sacrifícios diferenciados, considerando-se o privilégio do crédito trabalhista em relação aos

demaís; o critério da proporcionalidade em sentido estrito não foi atendido, pois beneficia somente uma parte de credores. Dessa forma, sob o enfoque do princípio da proporcionalidade a inclusão dos trabalhadores na recuperação judicial e a exclusão dos credores instituições financeiras, de crédito, créditos decorrentes de ACC para exportação e Estado – créditos tributários são flagrantemente inconstitucionais.

A Lei 11.101/2005 e o projeto de Código Comercial no aspecto dos direitos trabalhistas constituem-se em verdadeiro retrocesso, pois, quando da vigência do anterior Decreto-Lei 7.661/1945 os créditos trabalhistas tinham preferência acima de qualquer outro crédito, até mesmo em relação aos débitos da massa, em flagrante afronta ao princípio que veda o retrocesso em conquistas sociais, afrontando os artigos 1º, 6º e 7º da Constituição Federal, os valores sociais do trabalho, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da proporcionalidade.

O projeto de Código Comercial poderia, ao invés de ser omissivo quanto à matéria de cunho não processual rever a atual Lei de Recuperação e Falências nos pontos em que a mesma é inconstitucional, por afrontar os princípios constitucionais, notadamente os princípios da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e da submissão da propriedade e das empresas à sua função social.

O trabalhador não pode ser tratado como mercadoria, já que o trabalho representa um prolongamento da própria personalidade do indivíduo, indispensável à autoafirmação e à dignidade, responsável pela concretização de outros tantos direitos fundamentais, como direito à saúde, ao lazer, à moradia.

- equiparados aos credores trabalhistas – em relação aos representantes comerciais autônomos

Deverão ser excluídos da equiparação os representantes comerciais autônomos, não havendo qualquer justificativa com base nos princípios da proporcionalidade e isonomia para se equiparar créditos de natureza diversa, o primeiro alimentar (trabalhista), e o segundo (equiparados) titularizado na maioria das vezes por pessoas jurídicas.

Neste sentido o entendimento de Fábio Ulhoa Coelho:

não se entende bem, contudo, o concurso dos representantes comerciais autônomos, que são empresários, ainda que explorem atividade de reduzida expressão econômica (...) alguns são empresas fortes, inclusive com recursos multinacionais. Estabelecer o concurso desses credores com os trabalhistas é um despropósito da lei. ¹⁵⁹

- Recuperação judicial e extrajudicial e credores trabalhistas

¹⁵⁹ *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, p. 83.

(PL) Art. 598. § 1º Na recuperação judicial e extrajudicial, os credores serão classificados pelo plano de recuperação segundo a correspondente importância estratégica para a continuidade da atividade empresarial, observadas as especificidades da empresa em crise.

A atual disposição da LRF é mais protetiva aos credores trabalhistas, que não poderiam fazer parte de negociação extrajudicial, e na judicial, com a proteção do prazo para pagamento de tais credores no máximo em um ano; sugestão no sentido de se excluir de ambas as recuperações os credores trabalhistas por se tratar de crédito de natureza alimentar, o único credor com tal característica dentre todos os demais.

A expressão “segundo a correspondente importância estratégica para a continuidade da atividade empresarial”, é um conceito vago, abstrato, indeterminado, causando insegurança jurídica e ampla liberdade ao poder judiciário; não há qualquer proteção aos credores trabalhistas, ao contrário da atual LRF que prevê que o plano de recuperação não poderá prever prazo superior a um ano para pagamento das dívidas trabalhistas. Tal disposição contribui para prejudicar os credores com menor poder de negociação, em especial os trabalhistas. A justificativa mencionada em uma das audiências públicas para discussão do PL do NCC, por Fábio Ulhoa Coelho, em respeito ao tratamento paritário dos credores da empresa em crise, acaba sendo afrontado pelo artigo 598 parágrafo 1º. do PL.

- a recuperação judicial poderá prever a redução dos salários, compensação de horários e diminuição da jornada de trabalho em razão de acordo ou convenção coletiva – art. 50 VIII LRF, omissão do PL

Tal regra segue o disposto no artigo 7º. da Constituição Federal que prevê a possibilidade de redução salarial por meio de negociação coletiva, desde que com respeito ao salário mínimo, contudo, a razão de ser de tal flexibilização justificava-se para a preservação do emprego, o que não encontra ressonância em um processo de falência e de recuperação, a não ser que preveja um período razoável de duração dos contratos de trabalho.

- verificação da constitucionalidade da inclusão dos créditos trabalhistas na recuperação judicial – já que outros credores foram expressamente excluídos - sob o enfoque do princípio da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da isonomia - art. 49 p. 3º e 4º da LRF, omissão do PL

Não se justifica a exclusão de todos os credores cuja proteção é patrimonial e a inclusão dos trabalhadores, cujos créditos possuem natureza alimentar e direito fundamental.

(PL) Art. 606. O plano de recuperação extrajudicial não poderá contemplar:
I – créditos de natureza trabalhista, derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho;

Encontra igual previsão a atual LRF (art. 161), prevendo que na recuperação extrajudicial, na tentativa de evitar o desrespeito dos empresários aos direitos trabalhistas, forçando acordos extrajudiciais, os créditos dos trabalhadores foram expressamente excluídos.

Não deverá ser permitida a negociação de tais créditos no âmbito da recuperação extrajudicial nem mesmo através de negociação coletiva.

Não possui tal plano controle e proteção judicial, não se podendo pretender proteger a dignidade do empresário pessoa jurídica e não das pessoas físicas, como por exemplo de seus empregados, que possuem crédito de natureza alimentar, sendo necessário para a proteção de tal crédito que fique fora de tal negociação que sequer está sujeita ao controle judicial, dependendo de homologação judicial apenas em casos específicos. Os sindicatos no Brasil não possuem forte poder de negociação, ainda mais em regiões do país mais afastadas das grandes capitais. Deverá ser mantida a exclusão. A desigualdade social e a exclusão social somente serão superados pelo emprego bem remunerado. No mundo capitalista, é indissociável a vida digna do capital para provê-la, assim, é certo que privar o trabalhador de receber sua remuneração na totalidade é feri-lo em sua dignidade.

Além de afronta ao art. 449 da CLT, que dispõe sobre serem créditos privilegiados a totalidade dos salários devidos ao empregado e a totalidade das indenizações a que tiver direito, destaca-se a Convenção 173 da Organização Internacional do Trabalho, que trata da Proteção dos créditos trabalhistas na insolvência do empregador, embora não ratificada pelo Brasil, é válida como documento internacional servindo assim de parâmetro para o tratamento dos créditos trabalhistas no direito externo, a qual determina, no seu art. 5º:

Em caso de insolvência do empregador, os créditos devidos aos trabalhadores em razão de seu emprego deverão ficar amparados por um privilégio, de modo que sejam pagos com os ativos do empregador insolvente antes que os outros credores não privilegiados possam cobrar a parte que lhes corresponda.

No relatório do senador Ramez Tebet ao projeto de lei da atual LFR¹⁶⁰, ele aponta que a renda do Brasil é extremamente concentrada e por isso a maioria dos créditos não atingiria o limite de cento e cinquenta salários mínimos, não sendo argumento suficiente para se justificar o limite imposto. Ademais a própria LRF traz norma que autoriza em seu art. 19 a exclusão do crédito fraudulento.

Outrossim, contraria um dos princípios da recuperação judicial expressos pelo art. 47 da Lei 11.101/2005, qual seja, a manutenção da fonte

¹⁶⁰ Diário do Senado Federal, Internet, 2004.

produtora, do emprego dos trabalhadores promovendo, assim, a função social da empresa e o estímulo à atividade econômica.

II – créditos fiscais, tributários ou não tributários passíveis de inscrição na dívida ativa

Deverá abranger tais créditos, não possuem natureza alimentar e, por conseguinte, não há proporcionalidade no privilégio concedido, ao menos pela recuperação judicial, alterando-se o Código Tributário Nacional no que veda o parcelamento de débitos tributários. Diante disso, serão apresentadas três possibilidades de tratamento para o crédito fiscal, a saber:

- inclusão do crédito fiscal no plano de recuperação;
- inclusão de capítulo específico no CTN tratando do parcelamento automático de débito fiscal de empresa em processo de recuperação;
- criação de uma lei específica de parcelamento automático de débito fiscal para empresa em processo de recuperação.

III – créditos excluídos dos efeitos da recuperação judicial

A recuperação judicial e extrajudicial deverão abranger os créditos relativos ao ACC - adiantamento sobre contrato de câmbio, à alienação fiduciária e à cisão fiduciária de créditos (privilégio às instituições bancárias e financeiras), e ao aval de acionistas - liberação das travas bancárias.

Tais exclusões são nítido privilégio inconstitucional às instituições financeiras desproporcional e não isonômico, afrontando o princípio da isonomia e da proporcionalidade; as justificativas da atual LRF ao privilegiar os bancos não foi verificada na prática, ou seja, não houve diminuição do spread mesmo após 7 anos de vigência da lei. Tal favorecimento foi justificado para permitir a redução do custo do crédito no país, por Fábio Ulhoa Coelho, de que o spread bancário deveria diminuir aproximadamente em 3-4 anos da edição da lei de falência e recuperação de empresas, o que não ocorreu até o presente momento, mostrando-se, portanto, inócua a alteração realizada para proteção das instituições financeiras e de crédito à finalidade prevista.

Consoante exposto por Fábio Ulhoa Coelho a alteração da antiga lei – Decreto-lei 7.661/1945 pela atual Lei 11.101/2005 visava entre outros argumentos, à redução dos juros bancários, já que não estando seus créditos sujeitos à recuperação e privilegiados na falência pela nova ordem de pagamento, haveria diminuição da inadimplência, sendo tal medida necessária para o aumento dos investimentos indispensáveis ao crescimento da economia; a Lei 11.101/2005 (art. 83, II e III) reclassificou os créditos com garantia real, passando-os à frente dos fiscais e o atual projeto de CC nada menciona.

Destacam-se suas palavras:

[...] Ora, se a lei de falências for alterada de modo a garantir que o banco recupere mais dinheiro do que tem ultimamente recuperado quando quebra o devedor, então isso contribuirá para a diminuição do spread e, em consequência, dos juros.¹⁶¹

Não há justificativa que se presuma proporcional para preservar os créditos de origem financeira dos efeitos da recuperação judicial.

- empréstimo via cédula de crédito bancário com garantia de cessão fiduciária de direitos creditórios – trava bancária

O PL não prevê quais os créditos sujeitos a esta e quais os excluídos, apenas prevendo quanto à recuperação extrajudicial. A atual LRF traz previsão de créditos excluídos em seu artigo 49, parágrafo 3º, segundo o qual credores de propriedade fiduciária de bens móveis não estão sujeitos ao procedimento de recuperação judicial, prevalecendo seus direitos sobre o bem dado em garantia e as condições contratualmente previstas.

A cessão fiduciária de direitos creditórios, através da qual a devedora e tomadora do empréstimo cede a titularidade de determinados créditos que possui para a instituição financeira, até a liquidação total do débito, permite, que o valor emprestado, os créditos cedidos a título de garantia, bem como outros valores operados pela devedora, ficam todos depositados em conta sob a administração daquela instituição financeira. Assim, ocorre a “trava bancária” na recuperação judicial, que é a indisponibilidade de valores da devedora que pleiteia os benefícios da recuperação judicial, em conta administrada pela instituição financeira.

O fundamento em sentido de não preservação das travas bancárias, de serem ilegais, é de serem incompatíveis com o interesse social da preservação da empresa.

- ACC - adiantamento a contrato de câmbio para exportação

O PL é omissivo enquanto que a atual LRF dispõe em seu artigo 89, p. 4º: não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta lei. O Art. 86.II, por sua vez prevê a importância entregue ao devedor em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, na forma do art. 75, p. 3º. e 4º. da Lei 4728-1965, desde que o prazo total da operação, inclusive eventuais prorrogações, não exceda ao previsto nas normas específicas da autoridade competente.

Deverá ser revista tal exclusão, permitindo-se a inclusão de tal crédito aos efeitos da recuperação judicial e extrajudicial, por não haver proporcionalidade na proteção de tal credor.

¹⁶¹ *Falências*: Principais alterações, publicado na Revista do Advogado, da AASP, nº 83, de setembro de 2005.

CONCLUSÃO

Deve ser garantido o efetivo exercício de todos os direitos fundamentais, não somente os direitos civis e políticos, mas também os direitos sociais, já que todos os direitos fundamentais são interdependentes e inter-relacionados, aliados ao princípio da preservação da empresa, da sua função social e da necessária conjugação entre capitalismo e humanismo, entre capitalismo e fraternidade, via princípio da proporcionalidade. As ações de responsabilidade social adotadas no meio corporativo devem visar a sustentabilidade empresarial a qual em longo prazo somente será concretizada com o respeito aos direitos dos trabalhadores.

A empresa socialmente responsável contribui para a perpetuação de recursos naturais, para o fortalecimento de sua imagem junto a investidores e consumidores, promovendo o seu reconhecimento institucional, comunitário e social, para a valorização de sua marca, e para a melhoria da vida em sociedade, contribuindo para a consecução de uma responsabilidade social de toda a sociedade.

A busca pelo desenvolvimento sustentável, passando pela responsabilidade social das empresas, é vista como resposta ao sistema capitalista predatório e desumano, capaz de colocar em risco a sobrevivência do planeta e dos seres humanos, sendo necessária a adoção de um novo modelo econômico-social de relacionamento, um novo standard comportamental pelas empresas com fundamento na ética, na responsabilidade social, na sustentabilidade e na justiça social.

Conclui-se pela possibilidade de flexibilização dos direitos fundamentais sociais (direitos trabalhistas) apenas nos casos expressos previstos pela própria Constituição Federal, devendo ser assegurados a todos uma existência digna e saudável, segundo os padrões da Organização Mundial da Saúde.

As legislações infraconstitucionais e medidas supressivas ou restritivas de prestações sociais implementadas e, portanto, retrocessivas em matéria de conquistas sociais devem ser consideradas inconstitucionais por violação do princípio da proibição do retrocesso, sempre que com isso restar afetado o núcleo essencial legislativamente concretizado dos direitos fundamentais, especialmente, quando importar em comprometimento das condições materiais indispensáveis para uma vida com dignidade, uma vida digna saudável, correspondendo a um completo bem-estar físico, mental e social, o que corresponderia à própria aplicação do princípio da proporcionalidade, com respeito aos direitos sociais fundamentais consagrados pela Constituição Federal.

A nova interpretação constitucional se fundamenta no princípio da proporcionalidade e está voltada ao princípio e valor máximo que orienta todo o ordenamento jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual também constitui um dos critérios materiais para a aferição da incidência de uma proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais, em especial quanto

aos direitos fundamentais sociais, respeitando-se os direitos sociais mínimos consagrados pelo texto constitucional, e permitindo-se a flexibilização apenas nos casos expressos previstos em tal diploma legal.

Deve ser garantido pelo Estado o direito de todos à uma vida digna e saudável, consoante parâmetros da Organização Mundial da Saúde.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2. Ed. Malheiros, São Paulo, 2011.

_____. Entrevista realizada no dia 26 de abril de 2002 em Fortaleza, para o “Colóquio sobre Direitos Fundamentais e Argumentação Jurídica em Robert Alexy” na Universidade Federal do Ceará.

BITTAR, Eduardo C. *Curso de ética jurídica ética geral e profissional*. Saraiva, 8. ed. 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Os Direitos Humanos e a democracia. Direitos humanos como educação para a Justiça*. LTR, São Paulo. 2009. organização de Reinaldo Pereira e Silva.

_____. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo, Malheiros.

_____. *Os direitos fundamentais e a globalização* – p. 165 e segs. Livro: *Dos princípios constitucionais Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição* organizador George Salomão Leite. Malheiros. 2003, São Paulo.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*, 4. ed., Saraiva

_____. *Falências: Principais alterações*, publicado na Revista do Advogado, da AASP, nº 83, de setembro de 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; MOLINA, André Araújo. *Renúncia e transação no Direito do Trabalho*. Uma nova visão constitucional à luz da teoria dos princípios.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Artigo jurídico: Estado Democrático de Direito como Estado de direitos fundamentais com múltiplas dimensões. Publicado em 13/07/2007.

_____. Noção Essencial do Princípio da Proporcionalidade. In MARTINS, Ives Gandra da Silva & JOBIM, Eduardo. *O Processo na Constituição*. São Paulo: QuartierLatin, 2008.

_____. *Teoria Processual da Constituição*. 3 ed. São Paulo: SRS, 2007.

_____. *A filosofia do Direito aplicada ao Direito Processual e à teoria da Constituição*. Atlas. 2. ed. 2002. SP.

_____. Proposta de teoria fundamental da constituição com uma inflexão processual. In

Dignidade da pessoa humana e fundamentos e critérios interpretativos. Organização de Agassiz Almeida Filho e Plínio Melgaré. Malheiros, São Paulo. 2010.

_____. *Por uma teoria fundamental da constituição – enfoque fenomenológico*. <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/131006d.pdf>.

_____. *(Anti-)Direito e força de lei/ lei*. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 4, dez. 2006, p. 65-81. Disponível em: <http://www.panoptica.org>. Acessado em: 09.11.

_____. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. Editora SRS, 6. Ed., 2009, São Paulo.

NASCIMENTO. Amauri Mascaro do. *Direito Contemporâneo do Trabalho*. Saraiva. 2011. São Paulo.

NUNES. Rizzatto. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*, Saraiva, 10. ed, São Paulo.

_____. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana doutrina e jurisprudência*. Saraiva. Rizzatto Nunes. 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. Ed. Livraria do advogado, Porto Alegre, 2006.

_____. Os direitos fundamentais sociais, o direito a uma vida digna (mínimo existencial) e o direito privado: apontamentos sobre a possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In *Dignidade da pessoa humana e fundamentos e critérios interpretativos*. Organização de Agassiz Almeida Filho e Plínio Melgaré. Malheiros, São Paulo. 2010.

_____. *Os novos conceitos do novo direito internacional*. Cidadania. Democracia e Direitos Humanos, Rio de Janeiro, América Jurídica, 2002.

_____. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. Livro: *Dos princípios constitucionais Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição* organizador George Salomão Leite. Malheiros. 2003, São Paulo.

SARMENTO. Daniel. Artigo jurídico: o neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Livro: *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional*. Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. Coordenação de George Salomão Leite e Ingo W. Sarlet. Editora RT, 2009, São Paulo.

SILVA. José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 7. ed. Rt, São Paulo.

SILVA. Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. os direitos fundamentais nas relações entre particulares. Malheiros, 2008, São Paulo.



STEINMETZ, Wilson. Interpretação constitucional, Virgílio Afonso da Silva, Artigo: Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada. Malheiros. 2005. São Paulo.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. 2004, São Paulo, Malheiros.

SOUZA, Marcelo Papaléo de. A lei de recuperação e falência e as suas conseqüências no direito e no processo do trabalho, 3. ed. LTR, São Paulo, 2009.

TEBET, Ramez . *Relatório ao projeto de lei da atual Lei de Falência e de Recuperação*. Diário do Senado Federal, Internet, 2004.

SEÇÃO II

Desenvolvimento, trabalho e meio ambiente

1

DIREITOS FUNDAMENTAIS E ORÇAMENTO PÚBLICO: REVISÕES DE UMA DÉCADA DE GUERRA FISCAL

CARLOS LUIZ STRAPAZZON

Pós-doutorando em Direito (PUC-RS). Doutor em Direito (UFSC). Professor-pesquisador da Universidade do Oeste de Santa Catarina - Unoesc. E-mail: carlos.strapazzon@unoesc.edu.br

SUMÁRIO: Introdução. 1. Causas jurídicas do aparecimento do conflito fiscal subnacional. 2.A guerra fiscal como princípio. 3. A União Federal diante da “guerra fiscal”. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Nos anos 90 a política econômica nacional passou a estar fundada em princípios liberalizantes e desestatizantes¹⁶² que tinham como grandes objetivos estabilizar os preços, ajustar as contas públicas e integrar a economia ao mercado internacional a fim de recuperar o crescimento econômico. Segundo o governo da época¹⁶³, seria preciso atrair o capital estrangeiro (financeiro e produtivo) e esta-

¹⁶² É exemplar nesse ponto o Programa Nacional de Desestatização, criado pela lei 8.031, de 12/04/90 e depois reiterado pela lei 9.491, de 09/09/97. Nele consta, no art. 1º, os seguintes objetivos fundamentais: I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; II - contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público; III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; IV - contribuir para modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia; V - permitir que a administração pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.

¹⁶³ Idéia presente, ainda que com menos ênfase, no programa “crescer com firmeza”, item “Criar um ambiente macroeconômico favorável ao crescimento sustentado” do programa AVANÇA BRASIL 2000-2003”, onde se lê: “a reforma econômica, com o fim dos monopólios estatais, abriu espaço para novos investimentos e para uma maior eficiência na infra-estrutura básica do país, combinando a presença do estado com forte participação do setor privado, nacional e estrangeiro. Para a conclusão desse processo, existe a determinação de acelerar o programa nacional de desestatização, responsável pela privatização e concessão de serviços públicos à iniciativa privada. O novo modelo beneficia duplamente o Brasil. Primeiro, os custos dos serviços passam a assemelhar-

belecer “parcerias” com ele a fim de “modernizar” o parque industrial brasileiro, diminuir a inflação e também aumentar a competitividade da economia nacional, especialmente no setor de exportáveis de alto valor agregado.

Não obstante, esse projeto não veio acompanhado de estratégias ativas de desenvolvimento¹⁶⁴. A nova agenda propugnou, ao invés, menos Estado e mais mercado. Essa orientação, porém, teve desdobramentos paradoxais: liberalismo econômico no plano federal e intervencionismo nas unidades subnacionais.

No início da década de noventa os Estados e Municípios ficaram meio “órfãos” com a decisão do governo federal de romper com a política desenvolvimentista dos anos anteriores, e ao mesmo tempo de dividir com governadores e prefeitos a responsabilidade política pela superação das dificuldades econômicas do país.

De fato tudo aconteceu mais ou menos ao mesmo tempo: vieram as *eleições amplas* para o Executivo e Legislativo — o que trouxe à cena um outro critério de legitimação para os líderes políticos estaduais e locais; com elas a *abertura econômica* (praticamente sem contrapartidas e salvaguardas) fundada numa reforma monetária, na desestatização, diminuição das exportações, aumento das importações e no controle inflacionário, mas que também acirrou a competição no mercado interno com produtos e empresas estrangeiras, em especial americanas, francesas, portuguesas e espanholas. No médio prazo esse programa geraria aumento do desemprego, em especial nos centros urbanos do sul-sudeste do país e dificuldades financeiras para os Estados e Municípios.

Em que pesem, então, as virtudes desse programa de reformas introduzidas pelo governo federal, a *ausência de efetivas políticas nacionais coordenadoras da alocação dos novos investimentos estrangeiros*, especialmente do setor automotivo, desencadeou uma espécie de leilão entre os Estados brasileiros para atraí-los.

Os Estados mais poderosos da federação, bem como os maiores Municípios passaram a mobilizar suas próprias forças financeiras e a criar políticas para preservar o emprego e o desenvolvimento econômico em seus territórios. O problema dessa mudança de atores é que Estados endividados — quase todos — não dispõem de recursos suficientes para atrair investimentos ou manter os já instalados. Isso explica por que eles usaram como armas, uns contra os outros, as receitas de seus principais tributos.

se aos do mercado internacional, pela introdução da concorrência e o fortalecimento gerencial e financeiro das empresas. Segundo, eliminam-se as restrições ao investimento, decorrentes de um estado cronicamente endividado. (pp.78-9).

¹⁶⁴ Por causa dessa omissão da União na coordenação do novo modelo econômico, alguns analistas denominaram o programa liberalizante de programa de “abertura pela abertura”. cf. BATISTA, Paulo Nogueira. *O mercosul e os interesses do Brasil*. Revista de Estudos Avançados. n. 8. v. 21. 1994a.

1. CAUSAS JURÍDICAS DO APARECIMENTO DO CONFLITO FISCAL SUBNACIONAL

De acordo com o novo regime constitucional, os Estados passaram a ter grande autonomia para legislar sobre seus tributos, especialmente sobre o mais importante deles: o ICMS.

A nova Constituição não só fundiu os antigos impostos únicos federais incidentes sobre combustíveis, transportes, minerais e energia elétrica e os incluiu na base de cálculo do novo ICM, que por essa razão passou a ser denominado ICMS, como também deu aos Estados a possibilidade de aplicarem critérios de “seletividade” ao ICMS, como ocorre com o IPI, na esfera federal.

Criou-se uma orientação de desoneração para exportações. Num primeiro momento — de 1989 a 1996 — vigeu sozinha a regra do Art. 155, X, “a”, que tornou imunes de ICMS as operações que destinam bens industrializados ao mercado externo. Os semi-elaborados, por sua vez, que eram tributados com alíquota um pouco superior à interestadual¹⁶⁵ passaram também a ser desonerados, a partir da entrada em vigor da Lei Complementar n. 87/96, a chamada Lei Kandir¹⁶⁶. Para compensar os Estados de eventuais perdas decorrentes da desoneração heterônoma instituída para as exportações, a Constituição autorizou a criação, no art. 159, inciso II, do Fundo de Exportação (FPEX)¹⁶⁷.

Quanto à definição das alíquotas do ICMS, três regras distintas estão previstas na Carta de 1988. Primeiro que é relativa a independência para os Estados e Distrito Federal definirem as alíquotas em operações realizadas no interior do próprio território. A lei estadual deve observar os índices mínimos que o Senado Federal deve estipular por Resolução. Já para as operações que se realizarem entre diferentes Estados — operações interestaduais — a nova Carta determinou que deve haver uma alíquota especial menor do que as aplicáveis em operações exclusivamente internas¹⁶⁸.

É interessante notar, para melhor compreender a política tributária

¹⁶⁵ De acordo com a já mencionada Resolução n. 22 do Senado Federal, art. 2º, que entrou em vigor em 1º de junho de 1989, a alíquota do ICMS, nas operações de exportação para o exterior, até 1996 era de 13% (treze por cento).

¹⁶⁶ O art. 3º, inciso II da Lei Kandir dispôs que o ICMS não incide sobre operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semi-elaborados, ou serviços. E seu art. 32, inciso I, reitera a mesma norma ao instituir que a partir da data de publicação da referida Lei Complementar 87/96 o ICMS não incidirá sobre operações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semi-elaborados, bem como sobre prestações de serviços para o exterior.

¹⁶⁷ Esse Fundo foi regulamentado pela Lei Complementar n. 61 de 26 de dezembro de 1989.

¹⁶⁸ De acordo com a Resolução n. 22, de 1 de junho de 1989, em seu art. 1º, a alíquota do ICMS, nas operações e prestações interestaduais, será de 12% (doze por cento). Em seu parágrafo único a Resolução define que nas operações e prestações realizadas nas Regiões Sul e Sudeste, destinadas às Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e ao Estado do Espírito Santo, as alíquotas serão, a partir de 1990, de 7% (sete por cento). Além desta, há a Resolução n. 95, de 1996, que define em 4% a alíquota do ICMS na prestação de transporte aéreo interestadual de passageiro, carga e mala postal.

estadual nos anos 90, que é há quatro linhas bem características no desenho jurídico desse novo tributo.

a) Abandonou-se o princípio da fiscalidade. Agora o ICMS pode ser seletivo. Se de um lado isso abre a possibilidade de serem desoneradas as mercadorias que compõem a cesta básica, argumento muito usado para evidenciar a virtude da seletividade no ICMS, de outro, esse princípio jurídico retira seu fundamento propriamente econômico. Com a seletividade, o ICMS deixa de ser um imposto meramente arrecadador, ou se se preferir, deixa de ter finalidade exclusivamente fiscal, para a qual, aliás, foi concebido na reforma dos anos 60.

Lembre-se que de acordo com os princípios daquela reforma, que criou o ICM, a responsabilidade pelas políticas de distribuição de renda e de fomento à atividade econômica por meio de tributos deveria ser da União, aliás, como recomenda a literatura econômica internacional¹⁶⁹. Unidades subnacionais, num regime federativo, como regra geral, não cuidam de distribuição de renda ou de política econômica, e sim de prestação de serviços fundamentais. A distribuição de renda ou a política de desenvolvimento econômico deve ser responsabilizada do governo central que deve ter políticas de desenvolvimento regional e de equilíbrio federativo. Por isso era correta a proposta de Rubens Gomes de Souza em fazer do ICM um tributo com objetivos meramente fiscais, como deveria ser, aliás, com todos os tributos sobre valor adicionado.

A partir de 1988, o ICMS tornou-se o mais importante tributo do tesouro estadual e pelas novas regras constitucionais ele promoveu uma considerável descentralização de poder para as unidades subnacionais em dois sentidos: por absorver os impostos únicos e por dar autonomia aos Estados para alterar alíquotas em operações internas. Mas este último fator, se de um lado assegurou maior autonomia fiscal ao Estados, também estimulou o conflito federativo em uma época de crise e de liberalismo econômico.

b) O ICMS tornou-se um tributo misto. Para negócios realizados no interior do Estado, por exemplo, ele é um típico imposto de consumo, pois de fato incide sobre o valor adicionado (já que, em regra, são as mesmas alíquotas para compra e venda das mesmas mercadorias). Porém no comércio interestadual o regime constitucional em vigor acaba promovendo a exportação de imposto para os Estados e regiões pouco desenvolvidos. É que sendo menor a alíquota para vendas interestaduais, esse regime diminui os créditos mensais do contribuinte localizado no Estado comprador.

Em outras palavras, a regra constitucional que prescreve alíquotas interestaduais menores faz com que contribuintes de Estados pouco industrializados — ou de regiões pouco desenvolvidas pertencentes a Estados mais industrializa-

¹⁶⁹ BANCO MUNDIAL. O Estado num mundo em transformação. Relatório sobre o desenvolvimento mundial. Indicadores selecionados do desenvolvimento mundial. Washington. EUA, 1997. p. 135; McLURE Jr., Charles E. *O problema da atribuição de impostos: Considerações conceituais e de caráter administrativo para se alcançar a autonomia das unidades subnacionais*. Rio de Janeiro: BNDES, 1994. Banco da Federação.

dos — por comprarem mercadorias provenientes de Estados mais industrializados, paguem, ao final do mês, proporcionalmente mais ICMS do que os contribuintes vendedores localizados nos Estados mais desenvolvidos.

c) Quanto às exportações, a orientação nacional é pela desoneração, apesar de essa estratégia ter prejudicado a receita dos Estados mais industrializados e de suas respectivas regiões.

d) A complexidade na regulação constitucional do principal tributo dos Estados não veio desacompanhada de irracionalidades econômicas. É que a nova Carta, ao assegurar mais receitas aos governos subnacionais, tanto pelo mecanismo da repartição quanto pela maior autonomia no trato do ICMS, devolveu a eles, por via indireta, também a possibilidade de estabelecerem política tributária.

A primeira impressão pode sugerir que essa maior descentralização seria positiva num regime federativo, como era, aliás, o discurso predominante durante a Constituinte. Mas se forem considerados o contexto macroeconômico e o modo como foi feita a descentralização de competências tributárias na Assembleia Constituinte verificar-se-á que no afã de resolver o problema relativo à falta de autonomia financeira dos Estados criou-se um outro, político-econômico, ainda maior, para toda a Nação.

Ao que tudo indica, o federalismo centrífugo encontrou, nos anos 90, uma conjuntura propícia para reaparecer; e a Carta de 88 deu legitimidade jurídica a ele. Essa Constituição reinstituiu, de direito, a “guerra fiscal”. Esse é o nome que tem sido dado, desde os anos 50, à disputa travada entre Estados e entre Municípios por investimentos produtivos estrangeiros ou já instalados no país, com utilização de incentivos fiscais.

É certo que a Constituição definiu que todo e qualquer tipo de benefício fiscal — redução da base de cálculo; devolução total ou parcial direta ou indireta, condicionada ou não ao contribuinte, a responsável ou a terceiros; concessão de créditos presumidos; favores financeiro-fiscais dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus, prorrogações de isenções vigentes — só devem ser concedidos nos termos de Lei Complementar específica. Todavia, essa orientação constitucional não foi regulamentada.

Desse modo, por recepção, a lei que continuou a regulamentar a concessão de incentivos fiscais a partir do ICMS, durante os anos 90, foi a defasada Lei Complementar nº 24, de janeiro de 1975, que instituiu o CONFAZ para tratar do antigo ICM¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Para a outorga de benefícios fiscais a referida Lei do CONFAZ estabelece o seguinte:

Art. 2º - Os convênios [entre as unidades federadas] (...) serão celebrados em reuniões para as quais tenham sido convocados representantes de todos os Estados e do Distrito Federal, sob a presidência de representantes do Governo federal.

§ 1º - As reuniões se realizarão com a presença de representantes da maioria das Unidades da Federação.

§ 2º - A concessão de benefícios dependerá sempre de *decisão unânime dos Estados representados*; a sua revogação total ou parcial dependerá de aprovação de quatro quintos, pelo menos, dos representantes presentes. [Não há destaques no original]

Apesar de ainda não ter sido votada uma nova lei geral da tributação, todas as leis e decisões administrativas pertencentes ao ordenamento jurídico brasileiro gozam da presunção de que foram instituídas para resguardar, em última ratio, a harmonia federativa. Isso porque a Lei Maior prescreve como objetivos fundamentais da República construir uma sociedade solidária, com reduzidas desigualdades sociais e regionais na qual haja cooperação entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios na promoção do desenvolvimento equilibrado e do bem-estar no âmbito nacional¹⁷¹. Resta ver, então, como as unidades federadas lidaram com esses novos princípios jurídicos num ambiente de crise fiscal e diante de um programa econômico liberalizante do governo federal.

2. A GUERRA FISCAL COMO PRINCÍPIO

Nos anos 90 o conflito fiscal entre unidades federadas só se acentuou. E como foi dito, a descentralização de poder financeiro promovida pela nova Constituição favoreceu as circunstâncias. Mas é preciso advertir: isso não ocorreu só no Brasil. Também na mais tradicional federação democrática do ocidente o fenômeno era verificável¹⁷². Isso junto indica, de um lado, que o fenômeno não era original por aqui; e de outro, que não era exclusivo do sistema tributário brasileiro.

As novidades no Brasil então, ficavam por conta do seguinte: em primeiro plano, a intensificação do conflito motivada por iniciativas dos Estados e Municípios. Em segundo, o descaso da União Federal em relação ao fenômeno. Ao contrário do que ocorreu nos anos 60-70, a União deixou de se preocupar com essa controvérsia federativa nos anos 90. Não estabeleceu instituições, critérios ou sanções legais para conter o principal mecanismo desse embate, qual seja, a renúncia de receitas tributárias que as unidades subnacionais passaram a incluir em seus programas de incentivos fiscais ao investimento produtivo.

De fato, doações, empréstimos e, especialmente, medidas que foram do diferimento do prazo de pagamento à pura e simples isenção de tributos eram as formas de expressão da política econômica de desenvolvimento patrocinada pelos Estados brasileiros na década de 90. Esses meios, depois que a Constituição de 1988 garantiu autonomia tributária aos Estados, foram usados abertamente, em especial por Estados, numa disputa acirrada por novos investimentos, em especial por aqueles procedentes do estrangeiro.

Por conta disso, é interessante fazer uma breve descrição de como algumas unidades federadas praticaram a “guerra fiscal”. Com isso se espera que seja possível formar uma idéia mais acabada não só das dimensões jurídicas desse fenômeno mas, também, das funestas conseqüências que essa política tributária

¹⁷¹ Ver Constituição Federal Art. 3º, I e III cumulado com Art. 23 § único.

¹⁷² FARRELL, Chris. Cresce a guerra fiscal nos Estados Unidos. *O Estado de São Paulo*. Caderno Economia. 4 Jan.. 1998.

acarreta para uma economia nacional e para a funcionalidade de um sistema federativo.

a) *O Estado do Rio de Janeiro*

De acordo com Carlos E. G. Cavalcanti¹⁷³, o Estado do Rio de Janeiro, do início da década de 80 até a publicação da Lei n. 2.273/94, foi bastante tímido na sua política de incentivos fiscais para atrair investimentos. Só a partir daí fugiu às regras do CONFAZ ao estabelecer “redução de 40% da correção monetária sobre o saldo devedor do imposto, extensivo à importação de máquinas e equipamentos diretamente empregados no projeto” e “dilação de prazo de pagamento do ICMS por 5 (cinco) anos”¹⁷⁴. Essas medidas foram tomadas para garantir, especialmente, investimentos de uma fábrica de bebidas da *Brahma*, de uma montadora de automóveis da *General Motors*, e de modo particular, para conquistar uma fábrica de ônibus e caminhões da *Volkswagen*, que sozinho lhe custou uma renúncia fiscal estimada em R\$372 milhões.

Mas junto com esses benefícios criados pela lei 2.273/94 o Estado do Rio de Janeiro ofereceu à *Volkswagen* também:

Isenção dos principais impostos municipais — Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) e Imposto sobre Serviços (ISS) —, por dez anos; construção, em parceria com o Estado, de um centro de treinamento em Angra dos Reis; complementação do gasoduto que corta Resende, até a porta da empresa, com o compromisso de fornecer 4,4 milhões de metros cúbicos de gás por ano; doação de terreno de 2 milhões de metros quadrados pela iniciativa privada local; melhoria da via de acesso à fábrica, garantia de fornecimento de energia elétrica e reforma do aeroporto local; e concessão de terminal exclusivo no Porto de Sepetiba e de áreas no Porto do Rio¹⁷⁵.

Essas medidas adotadas pelo Estado do Rio de Janeiro foram impugnadas judicialmente pelo Estado de São Paulo em Ação Direta de Inconstitucionalidade¹⁷⁶, onde se alegou violação dos dispositivos constitucionais e legais (CF, Art. 155, § 2º, XII, “g”, c/c LC 24/75, Art. 1º e 2º) que prescrevem o dever de os

¹⁷³ GONÇALVES CAVALCANTI, Carlos Eduardo. Política de incentivos fiscais no Estado do Rio de Janeiro. In: PRADO, Sérgio (Cord). *Guerra Fiscal no Brasil: três estudos de caso: Minas Gerais, Rio de Janeiro e Paraná*. São Paulo: Fundap, 1999. (Estudos de Economia do Setor Público; 5). pp. 77-96.

¹⁷⁴ De acordo com o autor nesse período convênios celebrados no âmbito do CONFAZ restringiam essa prorrogação a 180 dias. Id. *ibid.*, p. 89.

¹⁷⁵ GONÇALVES CAVALCANTI, op. cit., In. PRADO, Sérgio (Cord). *Guerra fiscal*. 1999. p. 93.

¹⁷⁶ Essa foi uma das mais comentadas decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito da guerra tributária. Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1.179, com pedido de medida cautelar, originária de São Paulo, publicada no Diário de Justiça em 12-04-96, às pp.11.071, Ementário vol. 1.823-01, pp. 69, julgada pelo Tribunal Pleno em 29/02/1996 com Ementa transcrita no item que trata das decisões da Corte Suprema sobre a “guerra fiscal”, abaixo.

incentivos fiscais com base no ICMS serem concedidos apenas com autorização de convênios firmados pelo CONFAZ, por decisão unânime dos Estados representados.

Mesmo vencido judicialmente, o governo do Rio de Janeiro manteve os incentivos da referida lei com apoio no art. 223 da Constituição Estadual. Criou uma nova regulamentação para o FUNDES (Fundo de Desenvolvimento Econômico e Social), que era um fundo financeiro destinado a estimular o desenvolvimento econômico carioca por meio de “empréstimos ao setor privado em razão do ICMS gerado”. A criação desse fundo financeiro tem dois aspectos que merecem ser ressaltados para que bem se compreenda o *modus operandi* da “guerra fiscal” no Brasil.

Ao criar o FUNDES o Rio de Janeiro adotou uma estratégia já praticada por outros Estados. Depois, o FUNDES tornou-se, como todos os demais fundos financeiros estaduais, um mecanismo que resguardava o Estado dos constrangimentos políticos das interpelações judiciais. É que os benefícios dados por intermédio de um fundo financeiro mantido pelo ICMS não configuram diretamente uma “isenção” — ainda que esse seja realmente o seu efeito econômico. São apenas empréstimos fundados na arrecadação tributária, o que a Constituição Federal não proíbe.

b) O Estado de Minas Gerais

A política de incentivos fiscais do Estado de Minas Gerais, por sua vez, pode ser desdobrada em três fases. A primeira vai de 1969, com a promulgação da Lei Estadual n. 5.261, até início dos anos noventa. Nesse interregno o principal incentivo consistiu, basicamente, em destinar 32% do ICM gerado pelo programa de industrialização a três finalidades fundamentais: à compensação das empresas por investimentos realizados (25,6%); ao BDMG [Banco de Desenvolvimento do Estado de Minas Gerais] para sua capitalização (4%); e à Fundação João Pinheiro para a formação de um fundo de financiamento de programas e pesquisas institucionais (2,4%)¹⁷⁷. Apesar de a Lei 5.261/69 ter sido o principal instrumento de incentivos dessa primeira fase, e de as renúncias fiscais terem sido menores do que a arrecadação incremental de ICM, o que aponta o relativo êxito da política de incentivos, esse não era o único mecanismo de estímulos fiscais do governo de Minas. Havia também financiamento à formação de distritos industriais e fornecimento de créditos a taxa de juros subsidiadas, como foi o caso específico da *FIAT automóveis* instalada no Município de Betim na década de 70¹⁷⁸.

A segunda fase se realiza na vigência da Constituição de 1988: vai de 1989 a 1996. Nela se observa a adoção de medidas um pouco mais efetivas para

¹⁷⁷ cf. OLIVEIRA, Fabrício Augusto de; DUARTE, Francisco Carvalho, Filho. A política de incentivos fiscais em Minas Gerais. In. PRADO, Sérgio (Cord). *Guerra fiscal*. 1999. p. 22.

¹⁷⁸ *id. ibid.*, pp. 24-30.

industrializar o Estado mineiro. Para isso o governo estadual criou (Decreto n. 30.332, de 25/10/89) o “Pró-indústria” — ou PROIM, como ficou conhecido; e em 1994, na mesma linha, criou um fundo de apoio à industrialização chamado de FIND (Lei 11.393, de 29/03/1994 e Decreto n° 35.491/94), que fazia parte do Plano Mineiro de Desenvolvimento Integrado (PMDI). Tratam-se, na verdade, de programas baseados no diferimento do prazo de pagamento do ICMS, e na concessão de empréstimos a condições bastante favoráveis, para atrair mais indústrias e expandir a capacidade de produção de todo o setor secundário já fixado.

Mas, como no caso do Rio de Janeiro, o Proim também violava normas do CONFAZ. Então,

para evitar questionamentos judiciais por parte de outros estados da Federação, sobre a concessão desses incentivos através do ICMS, o programa transformou — com a montagem de uma engenharia fiscal-financeira — o que seria a dilação/prorrogação do pagamento do imposto em um financiamento concedido à empresa, por meio dos agentes financeiros do governo, ou seja, do BDMG e do Bemge. Assim, as empresas beneficiadas pelo programa passaram a recolher o imposto devido para o Tesouro, o qual, por sua vez, transferia para o BDMG/Bemge a parcela prevista em lei. O banco, em seguida, realizava uma operação de empréstimo para a empresa, cobrando uma comissão de 2,5% sobre o valor financiado. Para as empresas favorecidas [...] estabeleceu-se a concessão de financiamento de até 60% do ICMS, [o que mais tarde, a partir de 1991, com o decreto n. 32.462, passou para 80%] devido mensalmente, por um prazo de cinco anos, com um período de carência de seis meses [...]. Como fundo de caráter rotativo, o Proim passou a contar com recursos orçamentários do Tesouro e, mais importante, também com os retornos provenientes dos financiamentos concedidos pelo Pró-indústria, o que transformou, na prática, as transferências realizadas por este programa em efetivas renúncias fiscais, uma vez que o Estado deixava de recuperá-las, ainda que parcialmente.¹⁷⁹

A terceira e mais recente fase, iniciada em 1996, era a mais agressiva. Era também o resultado de uma intensa disputa com o Estado de São Paulo pela implantação da fábrica *Mercedes-Benz* no país. Por causa dessa disputa, o governo mineiro reformulou todo o seu programa de incentivos à industrialização (o FIND e o Pró-indústria) para grandes empresas¹⁸⁰. E dentre as principais medidas adotadas consta que as parcelas de financiamento do programa de Industrialização para grandes empresas passaria a ser de 50% do ICMS devido, podendo chegar, todavia, a 70%. Além disso ampliou o prazo de fruição do benefício para um período de dez anos. Também foi ampliado para até 90% o limite do financiamento em relação ao investimento total do projeto e fixada a possibilidade de ampliar o prazo de carência, previsto em 36 meses, para até 60 meses. Para atingir

¹⁷⁹ *id. ibid.*, p. 35-36 [não há negritos no original]

¹⁸⁰ A regulamentação jurídica dessas mudanças foram feitas pela Lei 12.228, de 04/07/1996, pelos Decretos 38.106, de 02/07/1996 e Resolução Conjunta FIND/Pró-indústria n° 5, de 04/07/1997; Decreto 38.331/96, Decreto 38.332/96 e Decreto n° 38.343, de 14/10/1996, cf. *id. ibid.*, pp. 40-45.

tais metas, o governo mineiro criou um novo Fundo Público de Financiamento (FUNDIEST), baseado tanto em dotações orçamentárias quanto em operações de crédito. Porém, “no primeiro ano de plena vigência do Fundiest, seus recursos — R\$52 milhões — tiveram origem, em sua totalidade, nas transferências do tesouro”¹⁸¹.

Não obstante, o mais notável exemplo da participação do Estado de Minas Gerais na “guerra fiscal” é dado pelos incentivos que foram negociados com a *Mercedes-Benz*, para impedir sua instalação em São Paulo. Com o propósito de garantir os mil e quinhentos empregos diretos, num prazo de 24 meses, e os R\$845 milhões em investimentos ao longo de 1996-2001, o governo mineiro e o Município de Juiz de Fora concederam à montadora um terreno com benfeitorias, com área próxima de 2,8 milhões de m², estimado em R\$50,5 milhões. Concederam, ainda “financiamento de capital fixo e de giro, tanto para sua unidade industrial, como para a sua empresa de comercialização de veículos importados”¹⁸². O Estado se comprometeu também a obter financiamento junto ao BNDES para investimentos fixos da empresa e, além de uma extensa lista de atividades de infra-estrutura econômica e social que prometeu realizar¹⁸³, obrigou-se a “oferecer garantias à empresa, mediante caução de ações da Centrais Elétricas de Minas Gerais (CEMIG), depositadas no Bradesco, (...) e mediante fiança bancária do BDMG, além de prestar, por meio do BDMG, fiança bancária para captação de recursos externos”¹⁸⁴.

Por tudo isso, constata-se que a partir de meados dos anos 90, como ocorreu com o Rio de Janeiro, o Estado de Minas Gerais também reformulou profundamente sua política de incentivos fiscais para torná-la mais atrativa a fim de assegurar a instalação de indústrias, em especial do setor automotivo, em seu território; e também para evitar os constrangimentos políticos das ADIN (Ações Diretas de Inconstitucionalidade).

¹⁸¹ *id. ibid.*, p. 43.

¹⁸² Os valores são os seguintes: R\$112,16 milhões, originários do FIND/Proim para capital fixo e de giro; R\$16 milhões do FUNDIEST/PROE-indústria, para capital fixo, com prazo de carência de 120 meses, isenção de juros e correção monetária; concessão de financiamento para capital de giro por dez anos, após a entrada em operação da empresa, correspondente a um percentual de 9,1% do faturamento mensal de veículos. *id. ibid.*, pp. 47-49.

¹⁸³ Dentre as quais vale citar a responsabilidade pela construção de acessos viários na BR 040 para a área da fábrica, edificar o pátio de estacionamento da fábrica, num total de 61,8 mil m² pavimentados, montar uma pista de testes, garantir a cessão de uso gratuito dos escritórios da empresa Belgo-Mineira/Siderúrgica Mendes Júnior, aparelhar o aeroporto de Juiz de Fora, garantir constante fornecimento de água, energia elétrica, gasoduto, cabos de fibra ótica para comunicação de voz e transmissão de dados, assegurar a prestação de serviços portuários bem como o acesso a áreas especiais nos portos do Rio de Janeiro e Sepetiba.

¹⁸⁴ OLIVEIRA, F.A.; DUARTE, F.C.F. op. cit. In: PRADO, Sérgio (Cord). *Guerra fiscal*. 1999. p. 50.

c) O Estado do Paraná

O Paraná mantém programas de incentivos fiscais, pelo menos, desde o início dos anos 60, quando foi criado o Fundo de Desenvolvimento Econômico (FDE). Esse fundo era constituído, em parte, por recursos do tesouro (percentuais do IVC e depois do ICM(S)), também por rendimentos de capital — como das ações de empresas nas quais “o Estado mantinha participação acionária (...) [caso da] *Volvo*, e *Philip Morris* [e mais recentemente da *Renault*] — e por *royalties*¹⁸⁵”. Junto com esse financiamento, que sempre consignou parte do ICM(S), o Estado do Paraná manteve, e mantém, incentivos tributários pautados na isenção de impostos locais (ISS e IPTU), na vinculação de receitas de Contribuição de Melhoria e no diferimento do pagamento do ICM(S).

Tome-se, por exemplo, o projeto *Cidade Industrial de Curitiba* (CIC), que é dos anos 70 e início da década de 80. Para industrializar o Município de Curitiba, então definido como pólo irradiador do crescimento industrial paranaense, além dos vultosos empréstimos externos captados e os serviços de infra-estrutura realizados, os instrumentos fiscais que deveriam custear o empreendimento eram, de um lado, as receitas obtidas com a venda de terrenos na CIC, e de outro, a Contribuição de Melhoria cobrada na pavimentação de Curitiba¹⁸⁶

¹⁸⁵ O FDE passou a ser alimentado também, a partir de 1989, e de modo importante, por recursos provenientes de *royalties* da Itaipu, que, nos termos da CF Art. 20, § 1º; e da Lei nº 7.990, de 28 de Dezembro de 1989, é uma compensação financeira paga mensalmente pelo governo federal pela exploração, pela União, de recursos hídricos paranaenses. Cf. CASTRO, Demian. A política de incentivos fiscais no Paraná. In. PRADO, Sérgio (coord). *Guerra Fiscal*. 1999. p. 108.

¹⁸⁶ Segue o depoimento do atual prefeito de Curitiba, Cassio Taniguchi. Vale lembrar que à época o Sr. Taniguchi era importante articulador do projeto da CIC, como Diretor-Presidente da Companhia de Urbanização de Curitiba (URBS): “Nesse período, foram inúmeras as atividades desenvolvidas pela URBS, já encarregada, então, da implantação da CIC. Principalmente da implantação de infra-estrutura. É claro que não se tinha dinheiro para isso. De que maneira, então, se viabilizou a implantação da CIC? A URBS, naquela época, já tinha sob seus cuidados, desde a primeira gestão do Jaime [Lerner], a implantação de vias. Foram implantados 400 quilômetros de planos comunitários. E, ao mesmo tempo, tinha todo um programa de obras que vinha sendo executado diretamente pelo município. Foi uma quantidade enorme de pavimentação. Todas essas vias tinham a Contribuição de Melhoria. Quer dizer, a gente lançava a contribuição de melhoria, antecipava as receitas e criava um giro de recursos muito grande. Só para ter uma idéia, naquela época, a gente manipulava um orçamento de investimento do município. E olha que, naquele tempo, o orçamento de investimento do município era 30% de toda a receita. Hoje não chega a 20%. Desse dinheiro todo, uma parte foi jogada para execução da infra-estrutura básica. Portanto, fazendo uma antecipação que certamente viria com o ICM, ou retorno de ICM. O recurso inicial veio disso. E como, naquela época, havia uma facilidade muito grande de financiamentos — principalmente financiamentos externos —, nós partimos para contratação, dando como garantia duplicatas que eram provenientes dos planos comunitários e da contribuição de melhoria. Foi uma estratégia financeira bem montada, ao mesmo tempo em que se alavancou a industrialização com poucos recursos próprios e com recursos de financiamento em larga escala”. apud., VASCONCELOS, José Romeu de (Cord); CASTRO Demian. *Paraná: Economia, Finanças Públicas e Investimentos nos Anos 90*. Brasília: IPEA, Texto para discussão nº 624, 1999. pp.128-9.

e o ICM, uma vez que parte do que fosse arrecadado com ele seria devolvido à prefeitura de Curitiba, pois ela oferecia “isenção do imposto predial e territorial urbano pelo período de até 10 anos, com alíquota de 1% ao ano sobre o valor venal do imóvel.”¹⁸⁷

Na década de 80, tudo indica que o ICM foi novamente utilizado como instrumento de política de desenvolvimento econômico, só que com mais intensidade do que na década anterior. Mas é interessante salientar que segundo os estudos econômicos consultados¹⁸⁸, nesse período, as regras do CONFAZ foram respeitadas, e o diferimento do pagamento limitava-se aos 180 dias, o que desde logo não configuraria “guerra fiscal”.

Mesmo que os incentivos com ICM aparentassem regularidade nesse período, é preciso observar que a década de 80 foi marcada pela elevada inflação e que os *Termos de Acordo* firmados com as empresas eram “por prazo certo e independiam dos níveis de inflação¹⁸⁹”. Desse modo, pode-se afirmar que, se à primeira vista, aqueles 180 dias para pagar o ICM(S) não configuravam isenção; do ponto de vista financeiro esse prazo era mais do que suficiente para depreciar de modo pleno os valores. Por força disso verifica-se que por via oblíqua houve uma significativa transferência de recursos públicos para o setor privado. Em verdade, como no caso do Rio de Janeiro e de Minas Gerais, “isentava-se” por outros meios, agora pela inflação.

Mas será preciso chegar aos anos 90 para que o Paraná ganhe destaque nacional pelo modo como passou a conceder incentivos fiscais.

Já no início da década (08/01/92) a Assembléia Legislativa aprovou a Lei nº. 9.895, que autorizava o Executivo a conceder estímulos de natureza fiscal ou financeira destinados a atrair investimentos relativos a empreendimentos econômicos novos¹⁹⁰. Essa delegação de poderes ao Executivo, comum também em outros Estados, foi entretanto, e como era de esperar, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal alguns anos depois¹⁹¹.

De todo modo, de 1992 a 1995, o Poder Executivo paranaense instituiu e reformulou o programa *Bom Emprego Fiscal*. Esse programa era uma instrumento que concedia às empresas (a) dilação do prazo de pagamento do ICMS incremental, isto é, do ICMS novo gerado e (b) dilação do prazo de pagamento do ICMS dos gastos com pesquisas e desenvolvimento de novas tecnologias; (c) concessão de crédito presumido e redução da base de cálculo do ICMS incidente

¹⁸⁷ *Id. ibid.*, p. 28.

¹⁸⁸ VASCONCELOS, J.R.(Cord.); CASTRO, D. op. cit., 1999; CASTRO, D. op. cit., In: PRADO, (Cord), 1999; BRITO, Adriana Fernandes de; BONELLI, Regis. *Políticas Industriais Descentralizadas: as Experiências Europeias e as iniciativas subnacionais no Brasil*. Rio de Janeiro:IPEA. Texto para discussão nº 492, Jun. 1997.

¹⁸⁹ CASTRO, D. op. cit., In. PRADO, Sérgio (Cord), *Guerra fiscal*. 1999. p.112

¹⁹⁰ *id. ibid.*, p.120.

¹⁹¹ Ver, neste capítulo III, o item 3, subitem IV, referente à “Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”.

sobre compra e venda de bens de capital (observe que isso se passa antes da Lei Kandir)¹⁹².

A partir de 1996 o Programa *Bom Emprego Fiscal*, tornou-se mais competitivo e passou a denominar-se *Paraná Mais Empregos* (Decreto n° 2.736/96, de 5 de dezembro de 1996). Apesar de ter sido duramente atacado em alguns aspectos, especialmente pelo Estado de São Paulo, tanto na imprensa quanto na Justiça, o Paraná divulgava abertamente as principais informações a respeito do regime jurídico desse programa no site oficial do governo¹⁹³.

De fato, não fosse a forma como o Paraná executou esse programa para atrair indústrias do setor automotivo, talvez não tivesse sido alvo de tanta crítica pública. É que o governo estadual, a pretexto de gerar empregos, fez parcerias

¹⁹² CASTRO, D. op. cit., In. PRADO, Sérgio (Cord), *Guerra fiscal...* 1999. p.121-2.

¹⁹³ “...Cada parcela mensal de ICMS, da empresa enquadrada no programa, vence após 48 (quarenta e oito) meses, com correção monetária e sem juros (...). O período máximo de duração das postergações mensais é de 48 meses, ou até que a soma das parcelas postergadas atinja o investimento fixo, o que acontecer primeiro; desta forma, o prazo total do programa atinge 96 meses (oito anos). Se a empresa realizar novos investimentos poderá complementar o valor enquadrado no programa ou requerer novo enquadramento. Isto significa que enquanto houver investimento fixo, e até o limite deste, a empresa poderá pagar o ICMS em prazo diferenciado. Para fabricantes de produtos sem similar no Estado, com preponderância mínima de 50% nessa condição, 100% do ICMS gerado poderá ser pago em 48 meses, com idêntico prazo de carência. Para os projetos que exigirem recursos acima de 100.000 UPF/PR, podendo este limite ser duplicado se a atividade da empresa integrar cadeia produtiva prioritária ao Estado. Para efeito de benefícios a serem recebidos do programa, cada estabelecimento industrial é considerado como uma unidade autônoma. (...)

Benefícios e condições

Estabelecimentos industriais localizados em Curitiba, Araucária e São José dos Pinhais podem diferir 30% do ICMS incremental por um período de até 48 meses, com pagamento nos 48 meses seguintes. Estabelecimentos industriais localizados em Ponta Grossa, Maringá, Londrina, Campina Grande do Sul, Campo Largo, Pinhais, Piraquara e Quatro Barras podem diferir 60% do ICMS incremental por até 48 meses, com igual período de pagamento. Estabelecimentos industriais localizados nos demais municípios do Estado podem diferir 80% do ICMS incremental por até 48 meses, com idêntico tempo de pagamento. Estabelecimentos industriais fabricantes de produto sem similar no Estado, podem aferir 80% do ICMS incremental, iguais às hipóteses anteriores, independentemente de sua localização no Estado. Estabelecimentos industriais dos gêneros mecânica, material elétrico e de comunicações, material de transporte e química podem receber um prazo de carência adicional de 12 ou de 24 meses, além dos 48, se ao término do programa suas compras de peças, partes e componentes tiverem alcançado, no mínimo, 40% e 60%, respectivamente, de estabelecimentos industriais paranaenses. Estabelecimentos industriais que invistam acima de 100.000 UPF/PR podem diferir até 100% do ICMS incremental por até 48 meses e igual duração para pagamento, independentemente de sua localização no Estado. O limite superior para utilização dos benefícios corresponde ao valor do investimento fixo e dos gastos em pesquisa e desenvolvimento. Esse limite pode ser duplicado se o estabelecimento industrial beneficiário integrar cadeia produtiva prioritária ao Estado. Qualquer estabelecimento industrial - não necessariamente aquele que tenha ICMS incremental - pode deduzir do pagamento presente do ICMS, por um período de 12 meses, valor equivalente a 100% dos gastos realizados em pesquisa e desenvolvimento, divididos em 12 parcelas, desde que contratados com instituição oficial de ensino ou pesquisa e centros tecnológicos localizados no Estado do Paraná. O pagamento de cada parcela deduzida é contemplada com 48 meses de carência. cf. www.parana.gov.br, no link “Paraná Mais Empregos”.

com empresas estrangeiras do setor automotivo (*Renault, Chrysler, Detroit*) em termos e condições pouco claras e bastante favoráveis a essas montadoras, o que suscitou forte sentimento de censura pela suspeita de estarem sendo desperdiçados recursos públicos¹⁹⁴.

d) Outros casos importantes: Rio Grande do Sul, Ceará, Bahia, Santa Catarina, São Paulo e Distrito Federal

Além do Rio de Janeiro, Minas Gerais e Paraná, outras unidades da federação se envolveram, com táticas muito parecidas, na disputa por novos investimentos nacionais e estrangeiros. Passaram a oferecer, do mesmo modo, condições muito especiais de pagamento do ICMS, financiamento de capital de giro e doação de infra-estrutura.

É o caso, por exemplo, do Rio Grande do Sul. Em março de 1997 o governo desse Estado fez um empréstimo de R\$ 253 milhões à *General Motors* (GM). O empréstimo não previa a cobrança de correção monetária e a GM resgataria o financiamento em dez anos, contados a partir de 2002, com juros anuais de 6%¹⁹⁵.

Em novembro de 1998 a Assembléia Legislativa gaúcha aprovou projetos de lei que concediam incentivos fiscais à *Gerdau* e à *Dell Computers*. As duas empresas receberiam recursos do Tesouro gaúcho, ou abatimentos no ICMS, a ser pago até o limite de 11% de seu faturamento mensal por um prazo de 15 anos, com 10 de carência e 12 para pagar. A Dell pagaria juros máximos de 12% ao ano; para a Gerdau não se previam outros encargos¹⁹⁶.

Ainda entre 1997 e 1998, o governo do Estado do Rio Grande do Sul comprometera-se a repassar R\$ 418 milhões para a construção da fábrica da *Ford*, além de gastar R\$ 234,3 milhões em obras de infra-estrutura, financiar capital de giro de R\$ 184,6 milhões e conceder créditos de ICMS durante 15 anos (para re-

¹⁹⁴ Apesar de sigilosos, os acordos celebrados com as montadoras começaram a ser divulgados depois que o Senado Federal os requisitou como condição de aprovação de novos empréstimos. No caso da Chrysler, o Jornal Folha de São Paulo, numa matéria de 04/11/96, assinada pelo jornalista Fernando Rodrigues, caderno “Dinheiro” (pp. 2-6) divulgou que Nos primeiros dez anos, a empresa não vai pagar 75% do ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços). Para cobrir o custo desse imposto, a Chrysler receberá um empréstimo do governo paranaense. O empréstimo terá condições incomuns no mercado financeiro: será sem juros, terá apenas correção monetária e a empresa começará a pagá-lo após dez anos. Além de todas essas vantagens, o governo do Paraná também ajudará a Chrysler a obter recursos para levantar o edifício que vai abrigar a sua fábrica. O financiamento para a construção será obtido “a custo reduzido” junto ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES).” Sobre o acordo com a Renault, transcrevem-se, no Anexo, alguns trechos do PROTOCOLO DE ACORDO RENAULT- ESTADO DO PARANÁ, de março de 1996. O texto integral pode ser encontrado no site <http://www.senado.gov.br/web/senador/requiao>.

¹⁹⁵ Cf. Folha de São Paulo, *TCE aprova empréstimo do RS à GM*. 25 set. 1997.

¹⁹⁶ Cf. O Estado de São Paulo. *Concessão de incentivos é aprovada no RS*. 19 nov. 1998.

ceber de volta em 12 anos)¹⁹⁷. Esse acordo rendeu grande polêmica quando o sucessor de Antonio Britto, o governador Olívio Dutra, cancelou-o unilateralmente.

O governo cearense, por sua vez, criou um mecanismo que garantia às empresas que se instalassem no Estado, por dez anos, um empréstimo relacionado à receita dos impostos novos gerados. O empréstimo era de 75% da receita para as empresas que se instalassem no interior e 45% para as que fossem para a capital. O prazo para o pagamento era de três anos. O governo estadual ofereceu ainda infra-estrutura, como energia, água, estradas, comunicação e terreno com terraplanagem para a construção da indústria¹⁹⁸.

De acordo com números fornecidos pelo governo, através da Fundação Instituto de Pesquisa e Informação do Ceará (IPLANCE), no período de 1991-1998 esse programa de incentivos fiscais levou para o estado 574 indústrias, sendo que só entre janeiro de 95 e março de 98, foram 370 novas indústrias. O instituto aponta, ainda, que o Ceará cresceu 10,8 % no setor industrial em 1997, o que representou 6,2 % acima da média nacional.

A Bahia é outro bom exemplo de Estado que decidiu entrar na “guerra fiscal”. Tradicional explorador da agroindústria, despendeu importantes esforços fiscais para o setor automotivo, calçadista e de informática¹⁹⁹. Para as indústrias automotivas o Estado ofereceu (a) crédito presumido de 75% do ICMS incidente nos 5 (cinco) primeiros anos de produção, e 37,5% do sexto ao décimo ano de produção; (b) diferimento do ICMS devido pelo recebimento do exterior de matérias primas e componentes, para o momento em que ocorrer a saída do estabelecimento importador; (c) diferimento do ICMS devido nas operações internas para o momento em que ocorrer a saída dos produtos deles decorrentes; (d) diferimento do ICMS devido pelo recebimento do exterior, para o momento da saída dos mesmos do estabelecimento importador de máquinas, equipamentos, ferramental, moldes, modelos, instrumentos e aparelhos industriais e de controle de qualidade; (e) terreno a preço incentivado, com disponibilização de energia elétrica, gás natural, telefone, água e esgoto no pórtico de acesso ao empreendimento.

No caso da informática, a Bahia criou um pólo específico no Município de Ilhéus, chamado de Distrito Industrial de Ilhéus (Litoral Sul). Para esse setor o poder público ofereceu (a) diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS relativo ao recebimento, do exterior, de componentes, partes e peças, destinado à fabricação de produtos de informática, eletrônicos e telecomunicações por parte de estabelecimentos industriais desse setor; (b) ficaram igualmente diferidos o lançamento e o pagamento do imposto, na saída interna dos produtos, promovida pelo estabelecimento industrial importador, para o momento em que ocorrer a

¹⁹⁷ Cf. O Estado de S. Paulo. *O custo da guerra fiscal*. 2 mai. 1999.

¹⁹⁸ Cf. Folha de São Paulo, *Incentivos atraem 249 indústrias ao Estado*. 24 jul. 1995.

¹⁹⁹ As informações seguintes estão disponíveis no *site* oficial da Secretaria da Indústria, Comércio e Mineração da Bahia.

saída dos mesmos produtos ou de produto deles resultantes, quando destinados a estabelecimento industrial no Estado que os utilize na fabricação de produtos de informática; (c) crédito fiscal de 100% do valor do ICMS destacado na venda do produto, nas operações de saída resultantes da industrialização, quando nos produtos forem aplicados os componentes, partes e peças recebidos do exterior com o diferimento; (d) o estabelecimento comercial que promover a saída interna de produtos resultantes da industrialização, com aplicação de componentes, partes e peças, desde que oriundos de estabelecimento industrial localizado na Bahia e que os tenha recebido com diferimento, lançará a crédito o montante equivalente a 5% do valor da operação; (e) oferece ainda, terreno a preço incentivado, nos termos anteriores.

Os incentivos dados ao setor de informática geraram distorções dignas de menção. Algumas conseqüências paradoxais desses projetos despertaram, por exemplo, a atenção da *Folha de São Paulo*, numa reportagem assinada pelo jornalista Marcio Aith, que escreveu:

George Saint Laurent II é um norte-americano que fatura cerca de R\$ 80 milhões ao ano montando computadores e televisões em Ilhéus, na Bahia. Em meio à crise do cacau, tornou-se o principal empregador na região de Ilhéus e Itabuna, com 470 funcionários. Sua empresa, a *Bahiatech*, foi atraída pelos incentivos estaduais que visavam transformar Ilhéus num rico pólo de tecnologia. O incentivo estadual recebido foi o financiamento por dez anos de 75% do ICMS. Além disso, a empresa conseguiu da Sudene (Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste) uma isenção de dez anos de seu IR. Como grande parte de seus produtos são de informática, não paga IPI nas vendas. E recebeu ainda isenção do ISS e do IPTU por cinco anos²⁰⁰.

Já na produção de calçados e seus componentes, mais de 20 empresas instalaram seus parques industriais no Estado em menos de 5 anos, todas vindas do sul do País. Os incentivos para o setor calçadista compunha-se de (a) crédito presumido de até 90% (noventa por cento) do imposto incidente durante o período de até 15 (quinze) anos de produção; (b) diferimento do ICMS devido pelo recebimento do exterior de matérias primas e componentes, para o momento em que ocorrer a saída do estabelecimento importador; (c) diferimento do ICMS devido nas operações internas para o momento em que ocorrer a saída dos produtos deles decorrentes; (d) diferimento do ICMS devido pelo recebimento do exterior, para o momento da saída dos mesmos do estabelecimento importador de máquinas, equipamentos, ferramental, moldes, modelos, instrumentos e aparelhos industriais e de controle de qualidade e por fim, terreno a preço incentivado, com disponibilização de energia elétrica, gás natural, telefone, água e esgoto no pórtico de acesso ao empreendimento da mesma maneira que oferece aos outros setores.

200 cf. Folha de São Paulo, *Incentivos criam o 'sem-imposto'*. 14 set 1997.

O Estado de Santa Catarina²⁰¹ também manteve um programa para atrair novos investidores ou para incentivar empreendimentos iniciados há no máximo 6 (seis) meses, chamado de Programa de Desenvolvimento da Empresa Catarinense —PRODEC. Trata-se de um programa de financiamento de capital de giro a longo prazo. Todavia, como nos demais Estados, incluiu postergação do recolhimento de parcela do ICMS a ser gerado pelo novo projeto com a possibilidade de a própria empresa reter o valor do incentivo, se obtiver uma concessão de regime especial.

Em Santa Catarina o valor total do incentivo podia chegar até 100% dos investimentos fixos do projeto. Além disso, o Estado autorizava o empresário a diferir o pagamento de até 75% do incremento do ICMS gerado pelo novo investimento. O Estado concedia também até 48 (quarenta e oito) meses de carência para cada parcela apropriada, dependendo da pontuação obtida pelo projeto, mas cada parcela do incentivo deve ser paga integralmente ao final do período de carência²⁰². Toda operação era atualizada monetariamente pela variação da UFIR (incentivo e saldo devedor), porém era competência do Conselho Deliberativo do PRODEC estabelecer a taxa de juros adequada a cada projeto.

O Estado de São Paulo manteve-se crítico da guerra tributária federativa. Sua posição, nesses anos, e num primeiro momento, foi marcada pela contestação pública (judicial e na imprensa) dos acordos e protocolos celebrados entre outros Estados e empresas privadas para instituir incentivos fiscais. Depois decidiu entrar também na disputa por investimentos.

Tudo indica, aliás, que essa oposição à guerra fiscal não se deveu ao temor de perder a competição por novos investimentos, especialmente os estrangeiros, para outras unidades da federação. O que, na verdade preocupava São Paulo era o fechamento e a fuga de empresas já instaladas em seu território, atraídas por “paraísos fiscais”. Justamente por isso é que a Coordenadoria de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo responsabilizava a “guerra fiscal” pela perda de arrecadação de R\$ 16 bilhões em 11 anos. De fato, em 1988, São Paulo respondia por 43,37% da arrecadação nacional de ICMS, e no ano de 1999, arrecadou apenas 37,40%²⁰³. Há bons motivos para crer que essa queda de arrecadação, junto com a recessão econômica que assola todo o país desde 1997, esteja diretamente relacionada com a debandada de indústrias para onde eram ofertados incentivos²⁰⁴.

201 As informações seguintes foram colhidas junto ao *site* da Secretaria de Estado do Desenvolvimento Econômico e Integração ao Mercosul.

202 Assim, a parcela do ICMS que a empresa se creditar no mês de julho de 1999, cujo contrato prevê carência de 48 meses, deverá ser recolhida no mês de julho de 2003; a de agosto de 1999 será recolhida em agosto de 2003 e assim, sucessivamente.

203 Cf. Folha de São Paulo, *Em 11 anos, participação na arrecadação nacional de ICMS passou de 43,37% para 37,40%*. 20 fev. 2000.

204 Em sete anos, 474 empresas metalúrgicas fecharam suas portas ou saíram da cidade de São Paulo para montar fábricas no interior paulista e em outros Estados. O movimento deixou no mínimo 25

Só no setor frigorífico, para que se tenha uma idéia melhor, entre 1984 e 1994, 90 das 120 empresas instaladas em São Paulo fecharam ou se mudaram. O mesmo se deu com usinas que produzem aço: nove das 11 produtoras de aço comum não-plano faliram ou paralisaram suas atividades. Antonio Ferraz de Andrade Filho, do Centro de Estudos de Pesquisas do Aço, acusava os incentivos com ICMS, oferecidos pelo Rio de Janeiro, pelo fechamento das usinas paulistas. Segundo ele, enquanto a Cosigua (Companhia Siderúrgica da Guanabara), principal produtora de aço não-plano do país, era isenta do ICMS no Rio de Janeiro, as usinas paulistas eram tributadas em 18%.

Com esses fechamentos do setor siderúrgico, calcula-se que foram demitidas 10.244 pessoas e o Tesouro paulista deixou de arrecadar R\$ 99,1 milhões de ICMS por ano²⁰⁵. Setores igualmente atingidos foram os de autopeças, alimentos industrializados, indústria cerâmica, importação de veículos e artigos eletrônicos.²⁰⁶

Por essas razões, o então governador Mário Covas assinou a regulamentação da Lei 9.383, de 04/03/97, e instituiu o Programa Estadual de Incentivo ao Desenvolvimento Econômico e Social, cujo objetivo é ampliar a oferta de empregos industriais e agroindustriais²⁰⁷. Essa lei previa, para novos projetos de investimento privado, descontos de 40% a até 70% nos pagamentos do ICMS, nos primeiros cinco anos. Esse dinheiro era dado à empresa privada como reforço ao seu capital de giro. Só a partir do sexto ano de atividade é que passava a ser cobrada a totalidade do ICMS. A devolução da parcela do imposto não recolhida pela empresa privada nos primeiros cinco anos poderá começar a ser feita uma década depois. Detalhe: com um redutor de 40% na taxa de inflação do período.

Mas essa lei assumia contornos ainda mais agressivos quando combinada com uma anterior, relativa às salvaguardas, que dava à Fazenda paulista o

mil pessoas desempregadas entre junho de 1991 e este mês. O levantamento foi apresentado (...) pelo presidente do Sindicato dos Metalúrgicos de São Paulo, Paulo Pereira da Silva. (...) Com a evasão - e ainda a reestruturação nas empresas que ficaram -, a indústria, que empregava 32,6% da força de trabalho paulistana em 1993, passou a empregar em 1996 apenas 21%. Hoje, a relação deve ser ainda mais desfavorável para o operário fabril. Conforme o estudo, a guerra fiscal foi o fator de maior motivação para as indústrias. A *Philips*, por exemplo, investiu US\$ 50 milhões na produção de componentes eletrônicos e cinescópios em Recife. Em troca recebeu isenção de impostos estaduais, municipais e federais por dez anos, além de crédito do Finor no valor de US\$ 8 milhões. A *Walita*, que se está transferindo de São Paulo para Varginha (MG), ganhou isenção de IPTU, alíquota menor de ISS, de ICMS e parte da infra-estrutura de instalação subsidiada pela prefeitura local. Mas a guerra fiscal não é o único motivo. Segundo a pesquisa, o salário médio dos metalúrgicos, de R\$ 1,2 mil na capital, é de R\$ 840 no interior. Na comparação com outros Estados, a desvantagem da Grande São Paulo fica ainda mais evidente. A *Black & Decker*, que trocou Santo André por Uberaba (MG), divulgou que hoje tem folha de pagamentos equivalente à metade do que era no ABC. Cf. O Estado de São Paulo, *Em sete anos, São Paulo perdeu 474 empresas metalúrgicas*. 27 jun. 1998.

²⁰⁵ *Id. ibid.*

²⁰⁶ Cf. Folha de São Paulo, *São Paulo perdeu R\$ 1,9 bi de ICMS em 94*, 26 jul. 1995.

²⁰⁷ Cf. O Estado de S. Paulo, *Covas assina lei e São Paulo entra na guerra fiscal*. 05 mar 1997.

direito de simplesmente escolher e, se desejar, glosar os créditos tributários concedidos por outros Estados a investidores privados²⁰⁸.

A partir de 1997, então, até mesmo o poderoso Estado de São Paulo passou a aderir formalmente à “guerra fiscal”. Além de renúncia de receitas, oferece financiamentos²⁰⁹ especiais cumulados com “salvaguardas” contra isenções oferecidas por outras unidades federadas.

Por fim o Distrito Federal. É certo que deve causar estranheza o fato de essa unidade da federação ser anunciada como participante da “guerra fiscal”, uma vez que não foi planejada para ser um centro industrial. De fato, o que justifica a sua menção, neste estudo não é o quanto o Distrito Federal empenhou das receitas tributárias em geração empregos na indústria. A bem da verdade, consta que não houve significativo aumento de empregos por causa de sua política fiscal. O destaque, antes disso, vai para o modo tão peculiar que o Distrito Federal criou para beneficiar uma única empresa mineira e arrecadar parte do ICMS que, de direito, caberia a outros Estados, especialmente ao Estado de São Paulo. Trata-se do acordo celebrado com uma grande empresamineira que foi apelidado de acordo do “passeio da nota fiscal”²¹⁰.

De acordo com a Resolução n. 22 do Senado Federal, a alíquota interestadual do ICMS era, como regra geral, de 12%. No entanto, para vendas de mercadorias destinadas às Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, e ao Estado do Espírito Santo, a alíquota era menor; desde 1990 era de 7%. A empresa em questão tinha sede em Minas Gerais, no Município de Uberlândia, mas comprava produtos no Sul, especialmente de São Paulo. Sobre essas compras, como deve ser, incidia a alíquota de ICMS de 12%. No ano de 1998 a empresa foi convidada pelo governo distrital a abrir um escritório no Distrito Federal (Centro-Oeste). A vantagem seria aproveitar um crédito presumido do ICMS, de 4%, para todas as vendas para outros Estados. Assim, quando vendesse um produto comprado do sul, a partir do Distrito Federal, para Minas Gerais por exemplo — seu principal mercado — a empresa teria um crédito total de 11% (7% pela compra que fez, e 4% do incentivo). Como sobre todas as vendas do Distrito Federal para Minas Gerais incide a alíquota de 12%, o percentual de ICMS a pagar, para os cofres do Distrito Federal, passaria a ser de 1% sobre o valor da venda.

Nessa operação o Estado de São Paulo, principal fornecedor, perdia 5%, pois quando as mercadorias saíam para Minas Gerais a alíquota era de 12%, já para o Distrito Federal passaram a ser de 7%. O Estado de Minas Gerais perde 100% do ICMS que arrecadava, pois a partir do Acordo é o Distrito Federal que fica com o imposto. O Distrito Federal, por sua vez, passaria a ter um ICMS

²⁰⁸ Cf. O Estado de São Paulo, *São Paulo declara guerra*. 16 jul. 1997.

²⁰⁹ Os empreendimentos instalados no Estado obtêm recursos do tesouro estadual e de créditos suplementares, a juros de 5% ao ano, carência de até dez anos e prazo máximo de uso do capital de 12 anos.

²¹⁰ Cf. O Estado de São Paulo. *Da guerra à pilhagem fiscal*. 7 ao 1998; Folha de São Paulo, *Empresa ganha R\$ 48 mi.*, 20 fev 2000.

incremental de 1% sobre as vendas da empresa, o que, no caso, representaria aproximadamente R\$ 12 milhões ao ano. A empresa era, de fato, a grande beneficiada com essa “guerra”, pois além de recolher ICMS com alíquota de 1%, o que Minas Gerais não oferecia, o Distrito Federal sequer exigiu que as mercadorias passassem fisicamente por seu território. Eram bastantes os trâmites burocráticos.

3. A UNIÃO FEDERAL DIANTE DA “GUERRA FISCAL”

Não há novidade em afirmar que o papel do governo central num Estado federado é tratar dos interesses nacionais, interregionais e internacionais de modo a estabelecer políticas públicas que sejam do interesse da coletividade nacional, sem discriminações arbitrárias.

A hipótese desse tópico é que o fenômeno da “guerra fiscal” é muito apropriado para verificar em que medida esse princípio jurídico-político tão fundamental deixou de ser observado no Brasil nesses anos 90. É que o estudo da “guerra fiscal” parece fornecer bons elementos para a análise do modo como as instituições centrais se envolveram com os conflitos estabelecidos entre as unidades subnacionais e com o respectivo desgaste das suas finanças públicas. Por isso, o que se pretende fazer agora é tentar apresentar um quadro, ainda que sumário, de alguns dos principais atos ou omissões das instituições federais em face do federalismo fiscal brasileiro. Para isso foram selecionadas cinco circunstâncias: a) o regime jurídico dado ao setor automotivo, pelo governo federal, na década de 90; b) o processo de regulamentação do ICMS; c) a atuação do Congresso Nacional e do CONFAZ; e por fim d) as principais decisões da Suprema Corte brasileira em relação à constitucionalidade das normas que fundamentaram a política de incentivos fiscais.

a) O Poder Executivo e a regulamentação do regime automotivo

Uma das primeiras medidas legislativas adotadas pelo governo federal, ligada aos incidentes da “guerra fiscal”, originara-se da regulação do regime automotivo brasileiro pela Medida Provisória (MP) nº 1.024, de 13 de junho de 1995, criada para vigor até 31 de dezembro de 1999. Depois de passar por muitas reedições veio a MP nº 1.483, de 5 de junho de 1996, que, em resumo, reduzia em 90% o Imposto de Importação incidente sobre máquinas e equipamentos e em até 50% sobre veículos automotores terrestres. Seis meses depois essa Medida Provisória foi modificada pela de nº 1.532, de 18 de dezembro de 1996, convertida na Lei 9.440 em 14 de março de 1997, também com vigência definida para até 31 de dezembro de 1999.

Mas aqui começam alguns problemas.

É que a MP 1.532 e sua respectiva Lei de conversão autorizam a redução de 100% do Imposto de Importação incidente na importação das máquinas

e equipamentos; a redução de 90% na importação de matérias-primas e peças e pneumáticos; a redução de até 50% na importação de veículos automotores terrestres de passageiros e de transporte de mercadorias; a isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) incidente na aquisição das máquinas e equipamentos; a redução de 45% do mesmo IPI incidente na aquisição de matérias-primas e peças; a isenção do Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante (AFRMM); a isenção do IOF nas operações de câmbio realizadas para pagamento dos bens importados; a isenção do Imposto sobre a Renda (IR) e adicionais, calculados com base no lucro da exploração do empreendimento; crédito presumido do IPI, como ressarcimento do PIS/PASEP e Cofins, respectivamente, no valor correspondente ao dobro das referidas contribuições que incidiram sobre o faturamento das empresas.

Em que pese a conveniência e oportunidade dessa política tributária para o setor automotivo, todos esses benefícios restringiram-se, em primeiro lugar, às empresas montadoras e fabricantes de produtos automotivos²¹¹, e depois, exclusivamente às instaladas ou que viessem a se instalar nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste²¹². Criada exclusivamente para aquelas três regiões — em especial para a Bahia, segundo a imprensa da época — e com a possibilidade de prorrogação até 2.010 de uma parte dos benefícios, essa norma expôs o governo federal a críticas internas dos Estados não contemplados, como também a críticas de outras Nações que se sentiram prejudicadas²¹³.

²¹¹ (a) veículos automotores terrestres de passageiros e de uso misto de duas rodas ou mais e jipes; (b) caminhonetes, furgões, *pick-ups* e veículos automotores, de quatro rodas ou mais, para transporte de mercadorias de capacidade máxima de carga não superior a quatro toneladas; (c) veículos automotores terrestres de transporte de mercadorias de capacidade de carga igual ou superior a quatro toneladas, veículos terrestres para transporte de dez pessoas ou mais e caminhões-tratores; (d) tratores agrícolas e colheitadeiras; (e) tratores, máquinas rodoviárias e de escavação e empilhadeiras; (f) carroçarias para veículos automotores em geral; (g) reboques e semi-reboques utilizados para o transporte de mercadorias; (h) partes, peças, componentes, conjuntos e subconjuntos — acabados e semi-acabados — e pneumáticos, destinados aos produtos acima relacionados.

²¹² Cfe. § 1º do Art. 1º, MP 1.532/96 e da Lei 9.440/97.

²¹³ Depois de atender as bancadas do Nordeste, do Norte e do Centro-Oeste, criando condições excepcionais para atrair montadoras de automóveis, o governo federal tem de se entender com os parceiros do Mercosul. Por enquanto, a pressão vem da Argentina. Até agora, só uma indústria, a coreana Asia, confirmou a intenção de se instalar na Bahia, aproveitando os novos benefícios fiscais. Mas o governo do presidente Carlos Menem já se manifesta, enumerando possíveis cobranças. Tudo isso era previsível, desde que o presidente Fernando Henrique Cardoso, pressionado por aquelas bancadas, aceitou criar uma política automotiva paralela, para satisfazer a aliados baianos. Com isso, o governo federal não só se envolveu na guerra fiscal interna, patrocinando uma parte do País, mas ainda se expôs a dificuldades no Mercosul. (...) Uma das saídas mencionadas, hipoteticamente, pelo ministro das Relações Exteriores da Argentina, Guido di Tella: não considerar como originários do Mercosul os veículos produzidos nas áreas favorecidas por incentivos excepcionais. (...) Se os veículos produzidos na Bahia, por exemplo, não puderem ser vendidos nos demais países do Mercosul, em condições normais, para onde serão exportados? Nesse caso, o mercado interno será o destino natural desses produtos. Isso tornará mais desiguais as condições das fábricas insta-

Essas condições fiscais mais favoráveis alteraram, como se disse, os ânimos de governadores do sul do Brasil²¹⁴. Mas não é só isso, de certa maneira estimularia as políticas estaduais de incentivos fiscais já praticadas nessa região, o que acirraria a “guerra fiscal”.

Tudo indica que a partir desse episódio

O Executivo federal se tornou instrumento de uma guerra fiscal entre regiões. Desta vez, porém, os Estados não [tiveram] de assumir o custo de atrair investimentos. O preço será pago, na melhor hipótese, pelos demais Estados. Na pior hipótese, os contribuintes do Nordeste, do Norte e do Centro-Oeste acabarão recebendo pouco ou nenhum benefício, porque os investimentos, se ocorrerem, dificilmente vão criar empregos diretos ou irradiar negócios em escala compensadora. Os investimentos, além de tudo, poderão concentrar-se num Estado²¹⁵.

Em 1999, entretanto, por via da MP nº 1.916, de 29 de julho, convertida na Lei 9.826 em menos de 30 dias (14 de agosto de 1.999), o governo federal voltou a privilegiar novamente essas regiões com novos incentivos para o mesmo setor automotivo. Concedeu aos empreendimentos industriais instalados nas áreas de atuação da Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia (SU-DAM) e Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste (SUDENE) e no Centro-Oeste, exceto no Distrito Federal, crédito presumido de 32% do valor do IPI incidente nas saídas, do estabelecimento industrial, de produtos automotivos por elas especificados. Vale lembrar que esse crédito presumido pode ser aprovei-

ladas em diferentes regiões. (...) A reação argentina é exatamente o que se espera. Diante de uma novidade tão discutível, tratará, com razão ou sem ela, de buscar o máximo de vantagens. (...) Segundo o ministro Di Tella, o presidente Fernando Henrique já mencionou a ampliação da cota como uma das compensações possíveis. Mas o governo argentino, como indicou o ministro da Indústria, do Comércio e da Mineração, Alietto Guadagni, prefere estudar as reivindicações das montadoras em operação na Argentina, antes de apresentar quaisquer exigências. (...). O Estado de São Paulo. *A cobrança argentina*, 27 dez 1996.

Em março de 1997 o mesmo jornal divulgou o seguinte:

A Província de Buenos Aires, a principal da Argentina, anunciou ontem isenção de impostos por sete anos às empresas que se instalarem na região. A medida está sendo tomada como resposta aos subsídios brasileiros às montadoras no Nordeste. Por causa desses estímulos brasileiros, a Argentina perdeu, em um mês, mais de US\$ 200 milhões em investimentos. O Estado de São Paulo. *A Argentina inicia guerra fiscal contra o país*. 07 mar 1997.

²¹⁴ É um projeto exagerado”, reagiu o governador de Minas Gerais, Eduardo Azeredo. «Esta proposta prejudica a economia e divide a política», criticou o governador do Rio Grande do Sul, Antônio Brito. Também o secretário de Ciência e Tecnologia de São Paulo, Êmerson Kapaz, classificou a medida de «exagerada e infeliz». Para ele, o maior risco é ela servir para acirrar ainda mais a guerra fiscal. «A partir de agora as empresas vão usar isso para tentar negociar mais benefícios com o restante do País», disse. Azeredo já conversou com o governador do Paraná, Jaime Lerner, para pressionar as bancadas no Congresso contra a alteração. Brito está confiante na possibilidade de mudanças. «O Congresso é uma casa com corredores longos», comentou. (...).

O Estado de São Paulo. *Governadores do Sul e Sudeste se articulam*, 25 jul. 1996.

²¹⁵ O Estado de São Paulo, *Uma MP feita sob medida*, 21 dez. 1996.

tado em relação às saídas ocorridas até 31 de dezembro de 2010.

De acordo com o que veio a público²¹⁶, essa nova operação pretendeu apoiar especialmente a instalação de uma montadora da empresa FORD no Estado da Bahia. Essa empresa perdera o interesse no Estado do Rio Grande do Sul porque o governador gaúcho retirara-lhe, como foi dito anteriormente, os incentivos prometidos pelo governo estadual anterior. O Estado da Bahia ofereceu-se para recebê-la e o governo federal deu condições para a troca.

b) O Poder Executivo e os vetos à “Lei Kandir”

O Senado Federal aprovou, em 11 de setembro de 1996, por 50 votos a 6, o projeto de Lei Complementar do ICMS, de iniciativa do Presidente da Repú-

²¹⁶ Comédia de erros seria um nome impróprio para o caso Ford. Não tem graça nenhuma o fechamento de postos de trabalho, especialmente quando resulta de um projeto bancado com dinheiro público. Mas a história, até este ponto, foi claramente uma seqüência de erros, alguns até grotescos. O mais grave foi tomar uma questão de política econômica, no sentido mais amplo, como problema de desenvolvimento regional — ou, pior ainda, como um problema de concorrência entre regiões. (...) A medida provisória editada pelo governo para definir os benefícios à empresa norte-americana ficou nos limites permitidos pela lei. Estabeleceu os incentivos e fixa prazo para a habilitação de interessados, sem referência à manutenção de empregos na fábrica paulista da montadora. Proibiu, no entanto, a transferência de fábrica já instalada — uma exigência inócua. A frustração dos sindicalistas era previsível: eles cobraram do governo o que ele não podia dar, enquanto o governo deu à Ford o que não devia. (...) Para começar, o governo federal nunca deveria ter entrado numa disputa marcada, sem disfarce, como guerra fiscal entre Estados. Se pudesse, deveria ter impedido essa guerra. Não só deixou de fazê-lo, como ainda acabou transferindo o erro para um nível mais alto. Em segundo lugar, desenvolvimento regional pode ser tratado, politicamente, de duas maneiras: 1) como estratégia do governo central, baseada em planejamento amplo (...); 2) como política de Estados ou de grupos de Estados — neste caso, com recursos próprios e sem guerra fiscal. Agir de outra forma é correr o risco de queimar dinheiro e de violar princípios simples de equidade — com o contribuinte forçado a bancar o engano administrativo. A ação do governo federal, no caso Ford, é incompatível com qualquer padrão de boa administração financeira ou de planejamento econômico. Brasília há muito tempo deixou de ter uma política de desenvolvimento regional. Os incentivos criados como parte do regime automotivo são mera caricatura de uma política desse tipo. O episódio da Ford é um remendo numa caricatura. A pressão política pode ter sido a causa imediata do erro, mas pressões desse tipo têm mais sucesso quando falta uma política geral e o governo carece de um esquema de prioridades. A questão era basicamente simples: a Ford tem real interesse em ampliar seu investimento no Brasil? A resposta é aparentemente positiva. A disputa pela nova fábrica surgiu quando o projeto se tornou conhecido. Se o projeto, sem os benefícios gaúchos, deixou de ter sentido para a empresa, por que o governo federal deveria meter-se no assunto? Se ainda é interessante, por que financiar uma indústria capaz de emitir nos Estados Unidos, como se noticiou recentemente, um enorme volume de bônus? Incentivos fiscais talvez sejam o ponto menos notável nesse episódio de casuismo. Agora, o investimento da Ford será financiado, em parte, por volume-mo empréstimo do BNDES. No entanto, falta crédito a custo razoável para a maioria das empresas brasileiras — e esse é um dos problemas principais de quem luta para exportar. O BID acaba de conceder ao Brasil novo empréstimo para repasse a empresas pequenas e médias. Para que mais essa dívida, se o BNDES tem dinheiro de sobra para ajudar um dos grupos mais financiados do mundo? Falta crédito para pequenas e médias, mas o BNDES vai financiar quem menos precisa. O Estado de São Paulo. *Caso Ford mostra falta de rumo*. 02 ago 1999.

blica, conhecido depois como “Lei Kandir” (Lei Complementar 87/96). Com essa Lei isentaram-se do ICMS as exportações de produtos básicos e semi-elaborados bem como a produção e os investimentos em ativo permanente das empresas.

Contudo, para conseguir sua aprovação no Senado Federal o Presidente Fernando Henrique Cardoso teve de vetar os artigos 22, 27, 28, 29, 30 e 34 do projeto de seu próprio Ministro.

Esses artigos vetados pelo Presidente regulamentavam a concessão de incentivos, de benefícios fiscais e de isenção do ICMS; regulamentavam o Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz) e criavam uma Comissão de Ética, que teria a atribuição de regular a “guerra fiscal”²¹⁷. Não obstante, eles provocaram uma séria reação política — especialmente dos governadores do Ceará, Tasso Jereissati, de Goiás, Maguito Vilela e de parlamentares das regiões mais pobres do país. Todos eles entendiam que com a redação original seriam criados obstáculos intransponíveis às políticas estaduais de incentivos fiscais — o que de fato era a vontade do governo federal.

Apesar de o Senado poder aprovar uma emenda supressiva para eliminar esses artigos, o governo federal temeroso diante da possibilidade de não obter quorum suficiente para isso, e desse modo não conseguir aprovar o que mais lhe interessava — uma maior desoneração das exportações — cedeu às pressões das bancadas regionais e, por mais paradoxal que possa parecer, vetou artigos de um projeto elaborado por ele mesmo²¹⁸. Como se vê, apesar de haver outra solução — uma emenda supressiva — o Palácio do Planalto optou deliberadamente nessa oportunidade pela não regulamentação da “guerra fiscal”.

c) O imobilismo dos órgãos legisladores (Confaz e Congresso Nacional)

Antes de analisar o posicionamento do Judiciário federal seria adequado dizer alguma coisa sobre o Confaz, órgão vinculado ao Ministério da Fazenda e também fazer uma referência, ainda que breve, ao Congresso Nacional.

Verifica-se que apesar de o Confaz ter sido instituído para o específico propósito de mediar os conflitos federativos com ICM(S), o desempenho desse órgão explicitou sua fragilidade para dar conta de tal mister. Impotente para responsabilizar Estados rebeldes às suas normas de estrutura e aos seus convênios, o Confaz, de fato, não conseguiu impedir o agravamento dos conflitos tributários e a guerra dos incentivos levadas à cabo pelos governadores de Estado, o que suscita o questionamento sobre a sua utilidade na federação brasileira.

De outro lado o Senado Federal, como instituição que representa as unidades federadas estaduais e o Distrito Federal, apresentou, por vezes, na voz de alguns de seus membros, críticas à “guerra fiscal”, mas não sinalizou, até o presente momento (fevereiro de 2001), intenção firme de aboli-la. Aliás,

²¹⁷ cf. O Estado de São Paulo. *Projeto que muda ICMS provoca rebelião*. 09 set. 96.

²¹⁸ cf. O Estado de São Paulo. *Aprovada isenção de ICMS nas exportações*. 12 set. 96

nas poucas oportunidades que teve para participar da construção de um regime jurídico não conflitivo para o ICMS, como na votação da Lei Kandir, o Senado Federal apoiou exatamente o contrário: a continuidade da política tributária de incentivos a partir do ICMS, é dizer, apoiou a não regulamentação do fenômeno.

Quanto à Câmara de Deputados, esta analisa desde 1995 o Projeto de Emenda Constitucional 175-A (Reforma Tributária). Contudo, apesar de a Comissão Especial constituída para discutir a reforma tributária ter envidado muitos esforços para cumprir o seu papel, ainda não conseguiu convencer o Poder Executivo da conveniência e oportunidade dessas mudanças.

Esse fato fornece pelo menos dois cenários para a reflexão. O primeiro sugere o seguinte: o tema não parece ser prioridade do governo federal. Isso porque o seu relacionamento com a Comissão Especial não tem se pautado pela convergência de propósitos; longe disso, a rejeição das oito propostas apresentadas pela Comissão até agosto de 2000, uma após outra, demonstra o quanto tem sido tumultuário o trato dispensado pelo Poder Executivo, em especial pelo Ministério da Fazenda, com o Legislativo.

De outro lado, esse episódio faz saltar aos olhos o desequilíbrio de forças e a ausência de *checks and balances* nas relações entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo no Brasil. Tudo parece indicar que enquanto o Ministério da Fazenda não se envolver diretamente com o tema, o Congresso não conseguirá formar maioria suficiente para aprovar os tantos projetos e substitutivos de reforma tributária já apreciados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A guerra tributária sob a Carta de 1988 é um assunto que se apresentou à Suprema Corte brasileira já no início dos anos 90. E as discussões têm girado em torno de dois assuntos que poderiam ser assim sinteticamente apresentados: de um lado, tem-se pedido à mais alta Corte de Justiça do Brasil se é legítimo que, em nosso regime constitucional, um Estado-membro, autonomamente, institua benefícios fiscais com o ICMS. De outro, ainda que dentro dessa mesma questão, tem-se requerido à Corte Suprema que se pronuncie a respeito da legitimidade constitucional daquelas leis estaduais que delegam competência normativa a governadores, a fim de que estes estabeleçam os incentivos fiscais que julgam convenientes ao desenvolvimento econômico estadual.

Ao apreciar essas controvérsias, e a esmagadora maioria delas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se considerando os múltiplos aspectos econômicos, políticos e jurídicos envolvidos. Nessa perspectiva firmou entendimento sobre a 'guerra fiscal' e o tipo de federalismo fiscal almejado pela Constituição Federal; sobre a natureza jurídica específica do ICMS no ordenamento jurídico brasileiro; sobre o papel destinado ao CONFAZ e à Lei Complementar n. 24/75 pela Constituição vigente; e

ainda, sobre os limites da delegação legislativa externa, isto é, da transferência de poder legislativo para o Executivo em matéria tributária no âmbito subnacional.

Pode-se deduzir, desde logo, que foram muitos os acórdãos em que a Corte Suprema enfrentou esse assunto ao longo da década de 90. Não obstante, é preciso sublinhar a importância de alguns deles, especialmente pela força de precedente judicial que adquiriram. A referência destacada vai, então, para os seguintes julgados, em ordem cronológica: ADINMC 310-DF, julgada em 25.10.90; ADINMC 773 – RJ, julgada em 09.09.92; ADINMC 930 – MA, julgada em 25.11.93; ADINMC 902 – SP, julgada em 03.03.94; ADINMC 1296 – PE, julgada em 14.06.95; ADINMC 1247 – PA, julgada em 17.08.95; ADINMC 1179 – SP, julgada em 29.02.96; e a ADINMC; 2157 – BA, julgada em 28.06.2000.

Ao analisar essas decisões, pode-se constatar que em relação à possibilidade de os Estados regularem autonomamente os benefícios fiscais com o ICMS a Suprema Corte desde logo apontou que o assunto tem dois aspectos constitucionalmente relevantes que precisam ser lembrados.

O primeiro diz respeito à repercussão negativa que um programa autônomo de renúncia de receitas de ICMS pode ter sobre as finanças dos Municípios do mesmo Estado-membro. A fim de evitar, então, que uma decisão do Estado-membro alcance os interesses dos Municípios, dado que eles têm o direito de 25% do que o governo estadual arrecada com ICMS, o Supremo entende ser inconstitucional toda lei estadual que, de algum modo, ataca o art. 158, IV da Lei Maior.

O Min. Carlos Velloso apontou a irregularidade da referida prática no voto que proferiu à ADIN 773 - 1992, às fls. 209. Segundo ele,

a Constituição, na linha do federalismo cooperativo que adota, estabelece o sistema de repartição das receitas tributárias: parte do ICMS arrecadado pelos Estados-membros pertence aos municípios (C.F., art. 158, IV e § un.). De modo que, ao instituir a imunidade, o Estado estaria reduzindo as receitas municipais. [Assim, no Brasil] a regra é que o Estado-membro não pode conceder isenções e imunidades relativamente aos tributos municipais, por isso que o sistema tributário municipal está inscrito na Constituição Federal. Não há como, pois, entender possa o Estado-membro legislar em relação aos tributos municipais, quando o sistema tributário municipal está na Constituição Federal. Isso atentaria contra a autonomia municipal, já que o Estado estaria fazendo mais do que lhe concede a Constituição no sistema da competência residual.

Esse entendimento tornou-se pacífico na Corte. Não é por outra razão que foi reiterado pelo Min. Celso de Mello, na ADIN 1.247-1995, fls.56, onde disse que a competência exonerativa dos Estados-membros em relação ao ICMS tem uma expressiva limitação, dada a existência da “vinculação constitucional que afeta, em favor dos Municípios, 25% do produto da arrecadação dessa espécie tributária. Ter-se-ia, sob essa perspectiva, por aparentemente vulnerado o que dispõe o art. 158, IV, da Constituição”.

O segundo aspecto relevante do regime jurídico do ICMS diz respeito, agora, não mais com os interesses dos Municípios, e sim, com os de outros Estados-membros e de toda a nação. Entende a Suprema Corte que, pela redação constitucional da matéria, verifica-se que o ICMS é um tributo de competência estadual, porém, com importantes restrições de interesse nacional criadas pela própria Lei Maior. Na verdade, como disse o Min. Sepúlveda Pertence no voto da ADIN 773 – 1993, fls.212, “tem-se a considerar o caráter nacional da disciplina do ICMS, patente no artigo 155, § 2º, XII, “g”, com base no qual já suspendemos meras isenções concedidas por constituições estaduais”.

Esse dispositivo referido pelo Min. Sepúlveda Pertence estabelece que cabe à Lei Complementar regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados. Isso significa, então, conforme o entendimento do Min. Celso de Mello, relator da ADIN 930 – 1993, que “a Carta Política, consoante ressaltado, prescreveu que se inclui no domínio normativo da lei complementar **nacional**, inscrita na esfera de competência da União Federal, a regulação da forma como isenções, incentivos e benefícios fiscais poderão ser concedidos e revogados por deliberação dos Estados-membros”[negrito no original]. E o Min. Marco Aurélio, relator da ADIN 902 – SP - 1994, confirmando esse entendimento, menciona, às fls.204 de seu voto, que essa norma não é inovação da Carta de 1988, pois “basta ver o que se contém no artigo 34, § 8º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”.

Desse modo, decorre que, ainda que a Constituição Federal tenha estabelecido competências próprias aos Estados-membros para instituírem seus tributos ou criarem exonerações, quando o tema é o ICMS o Supremo Tribunal Federal tem enfatizado que a

Constituição delineou-lhe, no que concerne ao exercício pelo Estado-membro de sua competência exonerativa, um regime jurídico-tributário próprio e estrito, com disciplina normativa exorbitante daquela peculiar às demais espécies tributárias. [...] Essa norma constitucional [Art. 155, §2º, XII, g] destinada a estabelecer padrões normativos uniformes em tema de exoneração tributária pertinente ao ICMS, acha-se teleologicamente vinculada a um objetivo de nítido caráter político-jurídico: impedir a guerra tributária entre os Estados-membros. (Min. Celso de Mello. ADIN 1247-1995, fls.50-51. Negrito no original).

Esta Corte entende, com base nisso, que

O legislador constituinte republicano, com o propósito de impedir a “guerra tributária” entre os Estados-membros, enunciou postulados e prescreveu diretrizes gerais de caráter subordinante destinados a compor o estatuto constitucional do ICMS. Os princípios fundamentais consagrados pela Constituição da República, em tema de ICMS, (a) realçam o perfil nacional de que se reveste esse tributo, (b) legitimam a instituição, pelo poder central, de regramento normativo unitário destinado a disciplinar, de modo uniforme, essa espécie

tributária, notadamente em face de seu caráter não-cumulativo, (c) justificam a edição de lei complementar vocacionada a regular o modo e a forma como os Estados-membros e o Distrito Federal, sempre após deliberação conjunta, poderão, por ato próprio, conceder e/ou revogar isenções, incentivos e benefícios fiscais. Desse modo, e considerando o propósito teleológico visado pelo legislador constituinte com a norma consubstanciada no art. 155, § 2º, XII, g, da Carta Federal, parece questionável a possibilidade jurídica de o Estado-membro, sem prévia deliberação aquiescente constante de convênio interestadual, conceder, em tema de ICMS, vantagens de caráter tributário (isenção, incentivos ou benefícios fiscais). (Min. Celso de Mello, voto proferido na ADIN 930-1993, fls. 85. *Negrito no original*).

Vê-se, desde logo a partir desses julgamentos, que no entender do STF “é imprescindível o convênio interestadual como veículo legitimador da concessão de isenção e benefícios fiscais em tema de ICMS e [que ele] reconhece a recepção pelo vigente ordenamento constitucional da Lei Complementar n. 24/75.”(Min. Celso de Mello. ADIN 1247-1995, fls. 51).

Assim o relatório do Min. Moreira Alves, na ADIN 2.157-BA – 2000, fls. 244-245,

Em precedentes desta Corte [...] tem ela entendido que é relevante a fundamentação jurídica da arguição de inconstitucionalidade da concessão de benefícios tributários relativos ao ICMS por lei estadual sem a observância da deliberação dos Estados e Municípios que decorre do disposto na alínea “g” do inciso XII do § 2º do artigo 155 da Constituição [...] na forma do disposto por lei complementar, que concretamente, é a Lei Complementar n. 24/75, que foi recebida por esse dispositivo constitucional e cuja vigência, após a promulgação da atual Constituição, é expressamente reconhecida pelo artigo 34, § 8º, do ADCT.

A interpretação judicial do regime do ICMS está assente na Suprema Corte brasileira. Trata-se, como se pode ver, de um tributo que não poderia ter sido utilizado autonomamente pelos Estados-membros para implantar programas de incentivos ao desenvolvimento econômico. Decisões isoladas, deste ou daquele Estado-membro, revestiram-se de inconstitucionalidade porque violaram, de um lado, os interesses financeiros dos municípios e, de outro, porque agrediram os fundamentos jurídicos nacionais desse tributo.

Em que pese a orientação do Supremo nesse tópico, há ainda um outro aspecto do tema que deve ser entendido. É que alguns Estados, mesmo depois de terem celebrado o acordo interestadual para estipular incentivos, transferiram o poder de legislar nessa matéria ao Poder Executivo. E isso deu margem a outras tantas controvérsias nos Tribunais. Poderia, um Estado-membro, delegar autonomia legislativa ao Poder Executivo a fim de que toda a política de incentivos fiscais seja desenvolvida a partir de seu juízo de conveniência?

Se este assunto for bem compreendido pode-se perceber que não se

trata, unicamente, de um tema tributário, mas de aspectos relativos aos próprios alicerces do direito público democrático e especialmente do “devido processo legislativo”.

É justamente por colocar a questão nesses termos que merece atenção especial o relatório do Min. Celso de Mello, proferido na ADIN 1296-PE-1995. Não só pela força de precedente que adquiriu, haja vista que o acórdão foi aprovado por unanimidade de votos, mas também pelo modo como abordou os fundamentos políticos da matéria. Diz ele que

É preciso enfatizar que a essência do direito tributário reside na integral submissão do poder estatal à rule of law, de tal modo que, respeitados os postulados fixados pela própria Constituição, a eficácia da atividade governamental em matéria tributária resulte sempre condicionada por tudo quanto haja sido fixado pelo legislador em sede jurídica adequada, vale dizer, por tudo quanto tenha sido ditado pelo Poder Público em lei. Não basta, portanto, que o Poder Público tenha promulgado um ato legislativo para que se legitime, desde logo, a atividade estatal. Impõe-se, antes de mais nada, que o legislador, abstendo-se de agir ultra vires, não haja excedido os limites que condicionam, no plano constitucional, o exercício de sua indisponível prerrogativa de fazer instaurar, em caráter inaugural, a ordem jurídico-normativa. Isso significa dizer que o legislador não pode abdicar de sua competência institucional para permitir que outros órgãos do Estado — como o Poder Executivo — produzam a norma que, por efeito de expressa reserva constitucional, só pode derivar de fonte parlamentar. (fls.34)

[...]

Vê-se, portanto, que o legislador pernambucano, olvidando a importância da necessidade de submissão constitucional do tratamento jurídico de certas matérias ao exclusivo domínio da lei formal, parece ter agido de modo abusivo, concretizando, com o seu comportamento institucional, uma possível transgressão ao princípio nuclear da separação dos poderes.

Dentro dessa perspectiva, parece assumir conotação de ilegitimidade constitucional a norma que, não obstante veiculada em sede legal (art. 1o. e parágrafo único da Lei estadual n. 11.205/95), opera indisfarçável delegação legislativa externa, outorgando ao Executivo o exercício de um encargo jurídico absolutamente intransferível pelo Parlamento a qualquer outra instância de poder.

Os preceitos legais em questão — extravazando os limites, exorbitando das hipóteses e inobservando o procedimento e a forma previstos no art. 68 da Carta Política — deferiram ao Executivo estadual uma competência normativa primária que se revela absolutamente estranha às atribuições desse Poder, facultando-lhe a prática, mediante ato próprio, da excepcional prerrogativa de inovar, com a nota da inicialidade, a própria ordem jurídica, dispondo, sem maiores restrições de caráter normativo, sobre questões postas expressamente pelo legislador constituinte sob a égide do postulado fundamental da reserva de lei em sentido formal.

A nova Constituição da República revelou-se extremamente fiel ao postulado da separação de poderes, disciplinando, mediante regime de direito estrito, a possibilidade, sempre excepcional, de o Parlamento proceder à delegação legislativa em favor do Poder Executivo. A excepcionalidade da delegação legislativa — que traduz situação jurídica derogatória do postulado da divisão

funcional do poder (CF, art. 2º) — acha-se claramente enfatizada pela norma inscrita no art. 25, I, do ADCT/88, que extinguiu a eficácia de todos os dispositivos legais que houvessem atribuído ou delegado a órgão do Poder Executivo competência para, em caráter primário, exercer prerrogativas inerentes à atribuição parlamentar de legislar. Mais do que isso, impende destacar — tal como faz ROQUE ANTONIO CARRAZZA (Curso de Direito Constitucional Tributário, p. 198, item n. 9, 5ª ed., 1993, Malheiros) — que o princípio da reserva de lei “foi robustecido, na nova Constituição, por seu art. 49, V, que atribuiu ao Congresso Nacional (e, por extensão, à Assembléia Legislativa, à Câmara Municipal e à Câmara Legislativa) competência para sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar...”. (fls. 35-37). [Negrito no original]

Essa mesma linha de entendimento foi aprovada, novamente por unanimidade de votos, na ADIN 1247-PA-1995, onde foi dito que

o que assume inegável relevo jurídico-constitucional, no caso, é a circunstância, sempre enfatizada pelo magistério doutrinário, de que o Estado não pode — especialmente quando a norma legal veicula, de modo incompatível com o iter procedimental de sua concretização, uma indisfarçável delegação legislativa — autorizar o Executivo a “incluir no sistema positivo qualquer regra geradora de direito ou obrigação novos”(CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, “Ato Administrativo e Direitos dos Administrados”, p. 95, 1981, RT). (Min. Celso de Mello, fls. 38). [negrito no original]

Essas decisões fazem ver, agora, o modo como o STF teve de lidar com o tema de delegação legislativa para o Executivo cuidar da política tributária estadual. É saliente o julgamento que a Suprema Corte faz em relação a isso. A delegação legislativa era assunto excepcional por ser uma derrogação da tripartição de poderes, fundamento político do Estado de Direito no Brasil. Desse modo, só poderia ocorrer nos casos expressamente autorizados pela Constituição Federal, quais sejam, os inscritos no art. 68 de seu texto permanente. Afora as situações aí previstas, era inconstitucional qualquer lei estadual delegante de poder legislativo ao governador de Estado.

Essas orientações da Corte Suprema já deveriam ser suficientes para evidenciar a gravidade jurídicos desses meios adotados pelos Estados-membros para estabelecerem incentivos fiscais no contexto do que acabou caracterizando a “guerra fiscal”. Contudo, da mesma forma que as decisões administrativas do CONFAZ foram desrespeitadas, governadores e prefeitos ainda têm feito vista grossa à inclinação da mais alta corte de justiça do Brasil e continuam estabelecendo incentivos por via dos fundos financeiros, o que, se de um lado regulariza, em parte, a oferta dos incentivos, de outro continua agravando a crise do federalismo.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. *Os barões da federação: os governadores e a redemocratização brasileira*. São Paulo: Hucitec, USP, 1998.

AFONSO, José R. Rodrigues et alii. Tributação no Brasil: Características marcantes e diretrizes para a reforma. *Revista do BNDES*, n. 9, 1998. <http://www.bndes.gov.br>.

AVANÇA BRASIL: 2000-2003, Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão. <http://www.abrasil.gov.br>.

BANCO MUNDIAL. O Estado num mundo em transformação. *Relatório sobre o desenvolvimento mundial*. Indicadores selecionados do desenvolvimento mundial. Washington. EUA, 1997.

BATISTA Jr, Paulo Nogueira. Estado e empresários: aspectos da questão tributária. *Novos Estudos*, CEBRAP. n. 41, mar, 1995.

BAUMANN, Renato (Org). *Brasil: uma década em transição*. et all. Rio de Janeiro: Campus: CEPAL, 1999.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Expositor: Ministro Luiz Carlos Bresser Pereira. *Exposição no Senado sobre a Reforma da Administração Pública*. Brasília: MARE, 1997.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de Economia e Finanças. Reflexos da Reforma tributária de 1966 nas Finanças Estaduais. *Revista de Finanças Públicas*. n. 336, out-dez, 1978.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de Economia e Finanças. Reflexos da Reforma tributária de 1966 nas Finanças Municipais. *Revista de Finanças Públicas*. n. 337, jan-mar, 1979.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de Economia e Finanças. Recursos próprios e recursos efetivamente disponíveis da União, Estados e Municípios: 1957 a 1982. *Revista de Finanças Públicas*. n. 358, abr-jun, 1984a.

BRASIL. Senado Federal. Parecer proferido na sessão conjunta de 23 de novembro de 1983, sobre as Propostas de Emenda à Constituição, n. 22, 23, 38 e 40, de 1983. Relator: Senador Passos Porto. *Revista de Finanças Públicas*, n.356, out-dez, 1983.

BRASIL. Senado Federal. *Simpósio sobre um novo sistema tributário*. Brasília, 1984.

CAVALCANTI, Carlos Eduardo G; PRADO, Sérgio. *Aspectos da guerra fiscal no Brasil*. Brasília: IPEA; São Paulo: FUNDAP, 1998.

DINIZ, Eli. *Crise, reforma do Estado e Governabilidade: Brasil, 1985-95*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997.

FARRELL, Chris. Cresce a guerra fiscal nos Estados Unidos. *O Estado de São Paulo*.

Caderno Economia. 4 Jan., 1998.

FOLHA DE SÃO PAULO. Endividamento em novembro fica em 47,7% do Editorial. p. 1-6. 22/01/2000.

GIAMBIAGI, Fábio. ALÉM, Ana Cláudia. *Finanças Públicas*. Teoria e Prática no Brasil. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

GIAMBIAGI, Fábio. A condição de equilíbrio da trajetória do endividamento público: algumas simulações para o caso brasileiro. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro. n. 9, 1998.

IANNI, Octávio. *Estado e Planejamento econômico no Brasil*. 6.ed. Rio de Janeiro, 1996.

LAVINAS, Lena; Magina, Manoel A. *Federalismo e desenvolvimento regional: debates da revisão constitucional*. Texto apresentado no Fórum Brasil 1995 do IPEA, 1994. <http://www.ipea.gov.br>

LONGO, Carlos Alberto. *A disputa pela receita tributária no Brasil*. IPE-USP, São Paulo, 1984.

LOPES Filho, Osiris. Imposto bom é imposto velho. *Novos Estudos*. n.42, 1995.

LOPREATO, Francisco Luiz. C. Um novo caminho do federalismo no Brasil. *Economia e Sociedade*. n. 9, 1997.

MALAN, Pedro. *Discurso do ministro Pedro Malan durante a abertura da apresentação do Programa de Estabilidade Fiscal no Senado Federal*. <http://www.fazenda.gov.br>, 1998a

McLURE Jr., Charles E. *O problema da atribuição de impostos: Considerações conceituais e de caráter administrativo para se alcançar a autonomia das unidades subnacionais*. Rio de Janeiro: BNDES, 1994. Banco da Federação. <http://www.bndes.gov.br>

MELO, Marcus André. O jogo das regras: a política da reforma constitucional de 1993/96. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. n. 33, ano 12, 1997.

MERCADANTE, Aloisio (Org). *O Brasil Pós-Real: a política econômica em debate*. Campinas, SP: Unicamp. IE, 1998.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. A constituição de 1967 e a infra-estrutura tributária. *Revista de Direito Público*. Ano I, v.2, out-dez, 1967.

NUNES, J. Castro. Questões constitucionais: declaração de direitos e bitributação. *Revista Forense*, v. 41, 1942.

OLIVEIRA, Eliézer Rizzo de (Org). *A revisão da República*. Seminários “A Unicamp e a Revisão Constitucional”. Campinas, SP: Unicamp, 1994.

OLIVEIRA, Fabrício Augusto. *Autoritarismo e Crise Fiscal no Brasil (1964-1984)*. São Paulo: Hucitec, 1995.

OLIVEIRA, Francisco Eduardo Barreto de; IWAKAMI BELTRÃO, Kaizô; ALBU-

QUERQUE DAVID, Antonio Carlos de. *A Dívida da União com a Previdência Social: uma perspectiva histórica*. Rio de Janeiro: IPEA, Texto para discussão nº 638, 1999. <http://www.ipea.gov.br>

PEPPE, Atilio Machado et al. Reflexões sobre a Federação Brasileira. *Revista de Administração Pública*. v. 31, n. 4, 1997.

PIANCASTELLI, Marcelo; Perobelli, Fernando. *ICMS: evolução recente e guerra fiscal*. Rio de Janeiro: IPEA, Texto para discussão n. 402, 1996.

PIRES, Julio Manuel. Distribuição da receita tributária entre os níveis de governo: perspectiva histórica e debate atual. *Revista de Administração Pública*. v. 30, n. 5, 1996.

PRADO, Sérgio (Cord). *Guerra Fiscal no Brasil: três estudos de caso: Minas Gerais, Rio de Janeiro e Paraná*. São Paulo: Fundap, 1999. (Estudos de Economia do Setor Público; 5)

PRADO, Sérgio. Duas décadas de privatização: um balanço crítico. *Revista Economia e Sociedade*. v.10, jun, 1998.

Reforma do Estado e Democracia no Brasil. Eli Diniz e Sérgio de Azevedo, Orgs. Brasília: UnB: ENAP, 1997.

Reforma Tributária e Federação. Rui de Britto Alvares Affonso, Pedro Luiz Barros Silva, orgs. São Paulo: Fundap: EdUnesp, 1995

REZENDE, Fernando; AFONSO, José Roberto R.. *A reforma fiscal no processo de elaboração da nova Constituição*. Rio de Janeiro: IPEA, 1987.

RODRIGUEZ-POSE, Andrés; Arbix, Glauco. Estratégias do desperdício. A guerra fiscal e as incertezas do desenvolvimento. *Revista Novos Estudos*, Cebrap, n.54, jul, p.55-71, 1999.

RODRIGUEZ, Maria Lelia O. F.; Zackseski, Nelson Fernando. *Visão Histórica da Distribuição Regional da Receita e despesa da Administração Pública no Brasil. 1970 -1995*. IPEA, Brasília, 1999. <http://www.ipea.gov.br>

SANT'ANNA, Lourival. Inativos desequilibram Estados e Municípios. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 7 nov, 1999.

SANTOS, Maria Helena de Castro. Governabilidade, Governança e Democracia: criação de capacidade governativa e relações Executivo-Legislativo no Brasil pós-constituinte. *Dados*. Rio de Janeiro. V. 40, n.3, 1997.

SERRA, José; AFONSO, José R. Rodrigues. Federalismo Fiscal à brasileira: algumas reflexões. *Revista do BNDES*. v. 6. n.12, p.3-30, dez, 1999. <http://www.bndes.gov.br>.

SIMONSEN, Mario Henrique. *Reforma Tributária*. Instituto de Pesquisas e Estudos Sociais (IPES), São Paulo. s/d.

SOUZA, Celina. *Federalismo e intermediação de interesses regionais nas políticas pú-*

blicas brasileiras. Trabalho apresentado ao Seminário Internacional sobre Reestruturação e Reforma do Estado: Brasil e América Latina no processo de globalização. São Paulo, 18-21 de maio. Banco da Federação. BNDES, 1998. <http://www.bndes.gov.br>

TORRES, Ricardo Lobo. Substituição tributária e cobrança antecipada do ICMS. In: *ICMS: Problemas jurídicos*. São Paulo: Dialética, 1996

VARSANO, Ricardo. *A evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século: anotações e reflexões para futuras reformas*. Rio de Janeiro: IPEA, Texto para discussão n. 405, 1996.

VARSANO, Ricardo. *A tributação do Comércio interestadual: ICMS atual versus ICMS partilhado*. Banco da Federação. BNDES, 1995. <http://www.bndes.gov.br>

VASCONCELOS, José Romeu de (Cord); CASTRO Demian. *Paraná: Economia, Finanças Públicas e Investimentos nos Anos 90*. Brasília: IPEA, Texto para discussão nº 624, 1999. <http://www.ipea.gov.br>

VELASCO Jr. Licínio. *A economia política das políticas públicas: as privatizações e a reforma do Estado*. BNDES. mai, 1997. <http://www.bndes.gov.br>

VELLOSO, João Paulo dos Reis (Cord). *Combate à inflação e reforma fiscal*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1992.

VELLOSO, Raul. *Balanço da situação das contas públicas no pós-real*. Trabalho apresentado ao fórum nacional –INAE/BNDES de maio, 1998. <http://www.bndes.gov.br>

VIOL, Andréa Lengruber. *O fenômeno da competição tributária: aspectos teóricos e uma análise do caso brasileiro*. IV PRÊMIO DE MONOGRAFIA DO TESOURO NACIONAL, 1999.

2

TRABALHO E RENDA E RESGATE DA CIDADANIA PARA OS EMPREEN- DIMENTOS POPULARES

EDER DION DE PAULA COSTA

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande. Coordenador de Projetos de Extensão junto ao Núcleo de Desenvolvimento Social e Econômico da Universidade Federal do Rio Grande e Professor de Fundamentos Jurídicos da Educação em Direitos Humanos na Especialização em Educação em Direitos Humanos da mesma Instituição. Membro do Núcleo de Pesquisa e Extensão em Direitos Humanos – NUPEDH.

PAULO RICARDO OPUSZKA

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor dos Cursos de Graduação e Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba. Líder do Grupo de Pesquisa Cooperação Internacional e relações Contratuais junto ao CNPq. Foi Coordenador de Projetos de Extensão junto ao Núcleo de Desenvolvimento Social e Econômico da Universidade Federal do Rio Grande e Professor de Fundamentos Políticos da Educação em Direitos Humanos na Especialização em Educação em Direitos Humanos da mesma Instituição. Membro do Núcleo de Pesquisa e Extensão em Direitos Humanos – NUPEDH

SUMÁRIO: Introdução. 1. As experiências associativas e a possibilidade de uma luta pela emancipação social. 2. Cooperativismo popular: uma possibilidade de organização coletiva do trabalho para geração de renda e cidadania. 3. Economia solidária: potencialidades da denominada outra economia. Considerações finais: o cooperativismo popular e as suas relações com a economia solidária para potencialização da autonomia coletiva. Referências.

INTRODUÇÃO

A finalidade do presente artigo é discutir as políticas públicas para o desenvolvimento do associativismo, cooperativismo e elementos da Economia

Solidária a fim de apresentar suas potencialidades para a construção da autonomia coletiva, busca de trabalho e renda e resgate da cidadania para os empreendimentos populares.

Para tanto, serão apresentados alguns autores e argumentos que refletem sobre os temas propostos bem como elementos da experiência dos autores na organização das comunidades sob a ética coletiva e práticas solidárias na tentativa de construção de uma identidade social libertadora.

A primeira seção tratará de aspectos relevantes acerca do associativismo, especialmente sua capacidade aglutinadora e de possibilidade do exercício organizativo e de gestão popular de atividade comercial ou produtiva.

A segunda seção tratará de abordagem semelhante acerca do cooperativismo popular, em especial sua capacidade de organização popular com potencialidade de emancipação social e geração de trabalho e renda

A terceira seção abordará aspectos da Economia Solidária e sua potencialidade para resgate da cidadania e organização popular. Enfim, a intenção final é a observação e problematização das referidas experiências populares organizativas o alcance da autonomia coletiva e identidade dos grupos para uma sociabilidade libertadora e consciente.

1. AS EXPERIÊNCIAS ASSOCIATIVAS E A POSSIBILIDADE DE UMA LUTA PELA EMANCIPAÇÃO SOCIAL

O propósito de organização social de forma coletiva pressupõe o reconhecimento da fragilidade do indivíduo frente às mazelas da vida. Diante de uma catástrofe natural como enchentes ou incêndio, vimos o quanto é imprescindível a ação coletiva, ainda que dependente de iniciativas individuais. O processo de socorro às pessoas isoladas ou a organização dos suprimentos para atender aos desabrigados exige um esforço coletivo demasiado. Nestes momentos percebe-se que afloram os sentimentos de solidariedade e fraternidade, tão necessários para complementar a ação do poder público. Outras fatalidades atingem o indivíduo, nem sempre resultado da sua incúria, mas decorrente de um sistema excludente.

A economia capitalista tem a característica de ser exploradora e desumana. O desemprego é uma destas mazelas que assombram o trabalhador subordinado. Não existe garantia ou estabilidade no emprego, a sua permanência depende dos interesses do patrão, ou seja, se este trabalho assalariado corresponde às expectativas da firma.

O sistema capitalista domina o planeta e esta hegemonia apresenta três graves problemas. Para David Cattani(2000, p.23),o primeiro corresponde à intensificação da sua natureza, ou seja: “acumular e acumular, sempre e mais, disciplinando a criatividade humana em processos de trabalho que resultam na espoliação e na alienação do trabalhador.” O capital acumulado serve de investimento

para novos empreendimentos, que explora e extrai mais-valia do trabalhador para formar novamente capital acumulado.

Neste sentido, Paul Singer (2000, p.45) destaca que “os ganhadores acumulam vantagens e os perdedores acumulam desvantagens nas competições futuras.” A acumulação pressupõe que a riqueza que era de muitos passe a ser de poucos, assim teremos empresários falidos, trabalhadores desempregados, numa disputa que o sistema impõe através da permanente concorrência.

Para Cattani(2000), um grave problema da Ordem Capitalista é o imenso fosso das desigualdades, de tal forma que “a soma da riqueza de 0,01% da população é equivalente ao que possuem 50% dos habitantes do planeta. Alguns poucos bilionários detêm bens e poderes superiores ao de dezenas e dezenas de nações.” Não se vislumbra uma distribuição igualitária da riqueza, resultado da acumulação desenfreada. O terceiro grave problema identificado por Cattani (2000) é a exploração predatória das riquezas naturais, de tal forma que o ar, a água, as florestas estão ameaçadas pela malfadada expansão industrial.

As crises econômicas expõem as fragilidades do sistema, que recaem por primeiro nos trabalhadores, que ao perderem os seus empregos, perdem também a condição de pagar as prestações do aluguel, hipoteca ou financiamento da casa própria. O resultado são as ações de despejo, o aumento dos moradores de rua ou sem teto, e, por consequência, o surgimento de organizações não governamentais intervindo para minorar este desastre social, uma vez que o Estado nem sempre atende a estes necessitados.

Diante da crise reflete-se sobre outra economia, baseada em valores de cooperação e solidariedade. Esta outra economia pode ter diversos nomes ou conceitos, mas propõe outra forma de organizar a produção e consumo, de forma direta, sem intermediários, uma produção coletiva, um consumo ético, empresas autogestionárias e formação de redes para produção e consumo solidário. Alguns designam de economia popular solidária, outros por socioeconomia solidária, ou ainda por economia do trabalho. É outra economia, diversa da economia capitalista que é baseada no trabalho alienado e explorado, na acumulação e concorrência.

A estrutura desta outra economia é baseada na organização coletiva dos trabalhadores, através de cooperativas, associações ou grupos informais. Predomina a autogestão e a participação democrática.

O associativismo é o processo pelo qual duas ou mais pessoas se agregam, se reúnem para um fim comum. Para Paulo Albuquerque (2002, p.34), o associativismo “afirma um modo de agir coletivo, segundo o qual os princípios da ação social se formam na experiência concreta e derivam do significado dado às intenções ou às idéias que fundamentam o grupo.” Associar-se é agir coletivamente, com propósitos que de alguma forma se coadunam e que permitem a execução de ideias comuns que só é possível através do esforço conjugado daqueles que militam a favor destas ideias.

Albuquerque (2002, p.36) expressa que o associativismo “sinaliza um conjunto de ações realizadas por pessoas mobilizadas, a partir de um projeto, que busca superar dificuldades em função de um interesse comum e que, na maior parte das vezes, revela-se sem fins lucrativos.” A mobilização das pessoas na constituição de uma associação não tem o fim de lucro, tal qual uma sociedade comercial, em que a reunião destas pessoas é com a finalidade de fazer investimentos que resultem na valorização do capital. A associação, por outro lado, tem fim diverso, podendo ser cultural, esportiva, religiosa, ambiental, sendo muitas vezes de utilidade pública.

Paulo Albuquerque (2002, p.38) explicita algumas destas formas de associações:

Associações filantrópicas: congregam voluntários que prestam assistência social a crianças, idosos e outras pessoas carentes.

Associações de moradores: organizações de pessoas comuns no espaço urbano, com vistas à obtenção de melhores condições de ensino e de integração sócio-cultural.

Associações de defesa da vida: participam pessoas que se unem pelas mesmas condições de marginalização e pela garantia de direitos sociais mínimos (meninos de rua, alcoólatras anônimos, diabéticos).

Associações culturais, desportivas e sociais: caracterizam-se pela união temporal, ligadas às atividades identitárias, sejam literárias, artísticas, desportivas, étnicas, etc.

Associações de classe: desse agrupamento se destacam os conselhos profissionais, as federações que representam, diante do Estado, os interesses de suas categorias empresariais ou de trabalhadores cujo objetivo é uma maior participação nos resultados gerados pelo trabalho coletivo.

Associações de trabalho: incluem as associações de trabalhadores ou de pequenos proprietários organizados para a realização de atividades produtivas; a prestação de serviços ou de trabalho de produção e comercialização de mercadorias.

A associação é uma forma simples de organização coletiva reconhecida como uma pessoa jurídica. O Código Civil Brasileiro dispõe que: “Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.” A associação poderá tratar dos vários interesses do grupo, mas não poderá ter finalidade econômica, isto é, a sua constituição não deve ter o objetivo final de auferir lucro ou renda, nos mesmos moldes de uma empresa. O formato jurídico que possibilita à organização coletiva auferir resultados econômicos é a cooperativa.

2. COOPERATIVISMO POPULAR: UMA POSSIBILIDADE DE ORGANIZAÇÃO COLETIVA DO TRABALHO PARA GERAÇÃO DE RENDA E CIDADANIA

O cooperativismo, segundo Veigae Fonseca (2009, p.80), “é um sistema de ideias, valores e forma de organização da produção de bens e serviços e do consumo que reconhece as cooperativas como forma ideal de organização das atividades socioeconômicas.” A cooperação no trabalho, a organização coletiva também é fundamental na empresa capitalista, no entanto, os resultados desta ação coletiva são apropriados como capital acumulado para gerar mais capital. O cooperativismo, por sua vez, protege a economia dos trabalhadores, os resultados são distribuídos entre os cooperados e desta forma existe uma participação maior nos benefícios da atividade econômica.

A definição de Cooperativa foi consagrada em setembro de 1995, no Congresso Mundial da Aliança Cooperativa Internacional (ACI), em Manchester, Inglaterra.

A cooperativa é uma associação autônoma de pessoas, unidas voluntariamente, para atender suas necessidades e aspirações econômicas, sociais e culturais comuns, através de uma empresa coletiva e democraticamente controlada(-VEIGA; FONSECA, 2009, p. 83).

As cooperativas estão baseadas em valores como a autoajuda, responsabilidade própria, democracia, igualdade, equidade e solidariedade. Estes valores são essenciais para a ação coletiva. A colaboração na execução das tarefas, a responsabilidade no cumprimento dos encargos, a compreensão de que todos são iguais e por esta razão são fundamentais no êxito do empreendimento. O tratamento equilibrado, segundo as capacidades e necessidades, conjugado ao espírito solidário, fortalece o coletivo.

Os princípios cooperativos são essenciais para dar cumprimento aos seus propósitos, uma vez que são diretrizes que orientam os seus associados e dão concretude aos valores.

O primeiro princípio é a adesão livre e voluntária. Ninguém é obrigado a participar de uma cooperativa. Basta aceitar as responsabilidades de sócio previstas no estatuto. O pretendente a cooperado tem que ter clareza dos propósitos da cooperativa e saber que a partir do seu ingresso passa a ser um colaborador, com direitos e deveres idênticos aos demais cooperados. As cooperativas são organizações voluntárias e abertas, sem discriminação de gênero, raça, política ou religião e que propiciam aos seus integrantes usufruírem dos seus serviços.

O segundo princípio remete-se ao Controle democrático pelos sócios. O controle da cooperativa é feito pelos sócios, de tal sorte que na tomada de decisões, os sócios têm igualdade de votação, um sócio, um voto. A participação igualitária dos sócios remete a cada um a responsabilidade pelos destinos da cooperativa, não sendo admissível repassar aos dirigentes a culpa por decisões equi-

vocadas. Na empresa capitalista a responsabilidade é do empresário, que assume a direção da prestação pessoal de serviços e os riscos do negócio.

O terceiro princípio funda-se na participação econômica do sócio. Os sócios controlam democraticamente o capital de sua cooperativa. Eles definem em seus estatutos e assembleias o destino do capital subscrito bem como das sobras, as quais podem ser alocadas para o desenvolvimento da cooperativa, retorno aos sócios na proporção de suas transações com as cooperativas e ainda outras atividades aprovadas em assembleia.

O quarto princípio chama-se autonomia e independência. As cooperativas são organizações que não estão atreladas a nenhuma outra entidade, seja ela privada ou pública, e quando, em razão de convênio ou acordo, receberem capital de origem externa, deve estar garantida a sua autonomia e independência.

O quinto princípio refere-se à educação, treinamento e informação para o cooperativismo. Este princípio indica que as cooperativas devem manter o aperfeiçoamento constante dos seus sócios, sejam dirigentes ou não. A informação é subsídio inerente a qualquer empreendimento para atuar de forma eficiente. O treinamento no uso de novas técnicas é fundamental para atualização dos seus quadros associativos. A educação é primordial, tanto no que diz respeito à formação cooperativista como em razão da formação cidadã.

O sexto princípio cuida da cooperação entre cooperativas. Compreende os princípios de ajuda mútua e solidariedade que se efetivam entre entes cooperativos, necessário para o fortalecimento do cooperativismo. Esta cooperação propicia o surgimento de cooperativas de 2º grau e ainda a formação de redes de comercialização ou produção.

O sétimo princípio preocupa-se com o interesse pela comunidade. Este princípio reflete que o surgimento da cooperativa ocorre no seio da comunidade e em razão disto firma-se o compromisso de dar retorno a esta comunidade. O desenvolvimento sustentável da cooperativa pressupõe não somente o econômico, mas também, a sua dimensão cultural, política, social e ambiental.

As cooperativas são um importante instrumento de organização coletiva dos trabalhadores, mormente aqueles que se encontram fora do mercado de trabalho. Nas crises do capitalismo isto se evidencia fortemente, tendo em vista a necessidade de gerar renda e trabalho para os desempregados. Políticas públicas de seguro desemprego, renda mínima e bolsa família atenuam as situações emergenciais, sendo necessário avançar além dos limites do próprio capitalismo. A economia solidária é uma possibilidade de alternativa ou de enfrentamento a este sistema excludente.

3. ECONOMIA SOLIDÁRIA: POTENCIALIDADES DA DENOMINADA OUTRA ECONOMIA

Reconhecidamente um dos principais teóricos da denominada outra economia ou mais precisamente Economia Solidária, é Paul Israel Singer. Para este autor a Economia Solidária surge com um novo modo de produção com potencial de superação do modo de produção capitalista. Representa a resistência dos trabalhadores a um modo de produção que não leva em conta a sua vida, mas a acumulação material e a exacerbação do poder. Além disso, o autor condena no capitalismo, antes de tudo, a ditadura do capital na empresa, o poder ilimitado que o direito de propriedade proporciona ao dono dos meios de produção, subordinando a oportunidade ou a falta de trabalho exclusivamente aos seus interesses (SINGER, 2001), subtraindo assim, qualquer autonomia do trabalhador na busca do seu sustento.

Um dos principais argumentos do referido autor é de que há pistas da Economia Solidária, naquela que se denominava economia social sistematizada há 150 anos, na Europa. Já na época, os adeptos da economia social criticavam a ênfase ao reducionismo econômico, que não leva em conta os problemas sociais.

José Luis Coraggio (1999, p.303) denomina que esta “economia social apresentou experiências econômicas sem fins lucrativos, pautadas na ética e nos princípios de solidariedade, como as associações de apoio mútuo e as cooperativas”). Arruda (2003), por sua vez, denomina Economia Solidária como socioeconomia solidária, a partir de um conjunto de experiências econômicas não-capitalistas.

Nas suas palavras, trata-se de um sistema socioeconômico, com as seguintes características:

[...] aberto, fundado nos valores da cooperação, da partilha, da reciprocidade e da solidariedade, e organizado de forma autogestionária, a partir das necessidades, desejos e aspirações da pessoa, comunidade, sociedade e espécie, com o fim de emancipar sua capacidade cognitiva e criativa e libertar seu tempo de trabalho e atividades restritivas a sobrevivência material, de modo a tornar viável e sustentável seu desenvolvimento propriamente humano, social e da espécie (ARRUDA, 2003, p.63).

O referido autor traça um recorte entre Economia Solidária e Economia Popular. A primeira, voltada para uma conexão entre os princípios da solidariedade e da cooperação, e a segunda mais ampla Economia. Tanto a Economia Solidária quanto a Economia Popular podem ser classificadas em cinco tipos de iniciativas populares: soluções assistencialistas, atividades ilegais e pequenos delitos, atividades informais, microempresas e pequenos negócios familiares, organização de pequenos grupos que se associam para questões emergenciais, próximos normalmente a paróquias, sindicatos, associações de bairros, partidos

políticos, entre outros.

Cabe nota que nem todo popular é solidário. No Rio Grande do Sul, a partir da experiência do Governo Popular de Olívio Dutra (1999-2002), a Economia praticada sob a denominação solidária recebeu imediatamente a nomenclatura Popular Solidária, por vincular-se a um projeto de Estado Regional. Tiriba (2000), aponta o denominado fator “C” nas organizações solidárias: cooperação, companheirismo, colaboração, comunidade, coletividade, coordenação. Em suas palavras:

Estes são valores que caracterizam uma ação conjunta e solidária. Do mesmo modo, nem toda economia de solidariedade é economia popular, uma vez que é possível encontrar elementos de solidariedade em outras organizações e em outras atividades econômicas de estratos sociais não populares. Entendendo a economia popular de solidariedade como um ponto de intersecção entre a economia popular e a economia de solidariedade, as OEP seriam concebidas como um modo de fazer a economia tendo como tendência (e não necessariamente como realidade) um modo de produzir, distribuir bens e recursos, e de consumir alternativos ao capital (TIRIBA, 2000, p 123.).

Embora reconhecendo o espaço de organização incipiente em relação ao espaço de organicidade e socialização do capital, as inovações da Economia Popular Solidária se situam nas lacunas do modelo atual, na medida em que representam os sinais dos tempos futuros. Uma das inovações organizacionais das últimas décadas do século XX e primeiras no século XXI é a organização em rede, decorrente de uma nova divisão do trabalho. A globalização econômica gera uma exclusão estrutural, para além dos limites dos direitos garantidos pelas estruturas estatais.

Quando se analisa a globalização econômica, percebe-se que ela produziu uma nova divisão internacional do trabalho, caracterizada pelo processo de produção sendo realizado em vários países. Este novo processo, que engendra o desemprego, a diminuição progressiva de salários e das condições de trabalho e a perda das garantias sociais, segundo a leitura de Milton Santos gerou um tipo de peculiar pobreza, por ele denominada “pobreza estrutural” orquestrada pelas empresas transnacionais e instituições internacionais, globalizando-se por todo mundo e propagando a exclusão social.

Entretanto, independente da questão da exclusão, a nova organização se dá sob a forma de rede. No texto *O Império do Sentido*, François Dosse (2003) traz a ideia de rede para o campo das ciências sociais

As redes são ao mesmo tempo reais como a natureza, narradas como discurso, coletivas como a sociedade. Ao contrário do seu sentido usual, a utilização do termo redes em antropologia das ciências corresponde à vontade de manipular uma noção que permita evitar toda a visão compartimentada da sociedade. Ela se diferencia assim da idéia de campo, subcampo, instituições que pressupõem conjuntos homogêneos definidos por tipos de ações, regras de jogos particula-

res (DOSSE, 2003, p.23).

Também define o referido autor que

a segunda característica dessas redes é a confusão que implica entre humanos e não-humanos, sujeitos e objetos. São redes sócio-técnicas que envolvem fluxo de instrumentos, competências, literatura, dinheiro, que alimentam e sustentam laboratórios, empresas ou administrações. As redes assim são marcadas por uma forte heterogeneidade. Levá-las em consideração permite insistir sobre a importância daquilo que parecia até então exterior à ciência (DOSSE, 2003, p.24).

Mas, se existem as redes nas empresas, também aparece, no campo das Ciências Sociais, uma proposta de organização que acaba sendo utilizada pelo cooperativismo popular que, de certa forma, combate no campo da organização do trabalho fundamentando a formação e organização do movimento social no formato de redes, tal como prevê François Dosse.

Para Euclides Mance (2000), as Redes de Colaboração Solidária significam uma estratégia de organização pautada, em especial, no consumo solidário. Sendo a célula (unidade produtiva) a unidade básica da Rede, para o autor

cada uma se conecta na outra, em movimentos de produção e consumo, articulando-se em laços de realimentação, buscando o fortalecimento mútuo tendo como objetivo gerar trabalho e renda para as pessoas que estão desempregadas e marginalizadas, melhorar o padrão de consumo de todos os que dela participam, proteger o meio ambiente e construir uma nova sociedade em que não haja a exploração das pessoas ou a destruição da natureza (MANCE, 2000, p.10).

O autor apresenta um conjunto de regras que as redes devem seguir para obter sucesso. São elas:

- 1) Em primeiro lugar os participantes se comprometem a comprar produtos e serviços da própria rede; 2) sendo assim, o excedente deve ser reinvestido na rede, para aumentar a oferta solidária de produtos e serviços; 3) quanto a organização de grupos de compras conjuntas: com desconto obtido na compra por atacado, pode-se organizar um fundo para atender as próprias demandas; 4) também se colabora na organização de lojas e armazéns solidários, em diversos bairros, que facilitem o comércio de produtos feitos nas redes solidárias; 5) ocorre, com o mesmo intuito, compra de conjunto de insumos, compartilhando equipamentos e instalações o que reduz os custos e aumenta o excedente produtivo; 6) o próximo passo é a criação de cooperativas para atender as demandas, formando cadeias produtivas (exemplo: padarias comunitárias sendo abastecidas por ovos de uma granja criada com o apoio da Rede para atender a essa demanda; 7) tudo isso visando aumentar a diversidade de produtos e serviços, convidando, para montar uma rede local, clubes de mães, horta comunitárias, cooperativas populares, etc [...] (MANCE, 2000, p.70).

E assim seguem as indicações que elencam informações sobre a não exploração de trabalhadores nos seus próprios empreendimentos, questões derivadas de problemas e fatos de fundo ecológico, reflexões sobre sustentabilidade, problemas e experiência da divisão de excedentes e combate ao lucro, realização de atividades que visem lazer a exercício da afetividade e não simplesmente para combater o desemprego, tudo no sentido de proteger e reproduzir a dignidade da pessoa humana.

Um momento importante, levantado por Paul Singer sobre a retomada da Economia Solidária nos anos 80 e 90, com a crise do emprego ou com o desemprego estrutural, foi a criação, em 1994, durante a realização do 1º Encontro dos Trabalhadores em Empresas de Autogestão, da Anteag – Associação Nacional dos Trabalhadores em Empresas de Autogestão e Participação Acionária. Surge a associação, segundo Singer (2002), para assessoria aos empreendimentos solidários da época, ajudando-os na luta dos trabalhadores pela preservação dos seus postos de trabalho e ao mesmo tempo pelo fim da subordinação ao capital.

Anota o autor:

Os projetos precisavam ser coordenados porque, mesmo inicialmente pressionados pelo desemprego, quando os trabalhadores assumiam as empresas tinham de enfrentar inúmeras questões, novas para eles, entre elas aquelas relativas ao mercado e à comercialização dos produtos, ao acesso a crédito e controle orçamentário da empresa, à organização do trabalho e da produção, à tecnologia, à legislação. Se, por um lado, as relações de solidariedade entre trabalhadores, o apoio de alguns sindicatos às suas iniciativas eram fundamentais, por outro não eram suficientes. Havia a necessidade de articular pessoas e instituições, democratizar informações, criar um espaço para o debate e produção de alternativas. Enfim, a necessidade de uma entidade que assumisse esses papéis. Era o começo da Anteag (SINGER, 2002, p.185).

Ao longo da segunda metade da década de 90 do século XX, a associação se consolidou pelo trabalho na recuperação de empresas autogestionárias e, no final da década, a referida entidade passou a assessorar projetos em todo o Brasil.

Em 2000, o Governo Olívio Dutra, no Rio Grande do Sul, realizou convênio com a empresa para prestar assessoria aos municípios gaúchos acerca das experiências solidárias, um dos principais motivos do “espraiar” da metodologia nas experiências petistas de governo. Mais tarde alinhou-se à ADS – CUT e ao Governo de Cuba para fornecimento de agrônomos especialistas nos casos de experiências na agricultura.

Fundada nas experiências de Economia Social (Charles Dunoyer, Léon Walras, Marcel Mauss e Jean Jaurès) a Economia Solidária e o Cooperativismo Popular foram convertidos em políticas públicas do Governo Lula (2003/2010). O pensamento hegemônico do referido Governo acredita na Economia Solidá-

ria e Cooperativismo Popular como prática de emancipação social e transformação do capitalismo, ou ainda, superação do capitalismo ou mesmo capacidade de se constituir como outro modo de produção, nas palavras do próprio Paul Singer (1988).

Ainda, afirma que a Economia Solidária e o Cooperativismo Popular, embora materializados em empreendimentos, são frutos de ações. Num primeiro momento, ações da Igreja Católica (a própria Anteaqtem origem na Igreja Católica) e Luterana, especialmente na região Sul do Brasil – de fácil identificação nos discursos acima elencados todos constantes de manuais e cartilhas dos movimentos católicos populares – e num segundo momento, de ações de governo, seja no âmbito municipal e estadual (nas experiências populares dos anos 80 e 90), seja no âmbito federal, com o Governo Lula.

Cabe destacar que o movimento social e suas organizações na Economia Solidária oportunizaram e ainda oportunizam, segundo Singer, a recuperação da identidade e fortalecimento das relações sociais entre trabalhadores e o exercício da solidariedade.

Segundo informações da própria Secretaria Especial de Economia Solidária – Senaes– Ministério do Trabalho Emprego, a Economia Solidária está institucionalizada e deriva de mobilização popular, responsáveis e necessárias para a implementação da referida política pública. Vejamos a justificativa ministerial:

A SENAES é parte da história de mobilização e articulação do movimento da economia solidária existente no país (...). As mudanças estruturais, de ordem econômica e social, ocorridas no mundo nas últimas décadas, fragilizaram o modelo tradicional de relação capitalista de trabalho. O aumento da informalidade e a precarização das relações formais de trabalho afirmaram-se como tendência em uma conjuntura de desemprego em massa. De outro lado, o aprofundamento dessa crise abriu espaço para o surgimento e avanço de outras formas de organização do trabalho, consequência, em grande parte, da necessidade dos trabalhadores encontrarem alternativas de geração de renda (SINGER, 2003 p.2) (grifo nosso)

No mesmo sentido, reforça a justificativa para a implementação da referida Secretaria Especial:

[...] Na Economia Solidária encontramos milhares de trabalhadores e trabalhadoras organizados de forma coletiva gerindo seu próprio trabalho e lutando pela sua emancipação. São iniciativas de projetos produtivos coletivos, cooperativas populares, redes de produção, comercialização e consumo, instituições financeiras voltadas para empreendimentos populares solidários, empresas autogestionárias, cooperativas de agricultura familiar, cooperativas de prestação de serviços, entre outras. Esta nova realidade do mundo do trabalho contribui, de forma significativa, para o surgimento de novos atores sociais e para construção de novos espaços institucionais (SINGER, 2003, p.2) .

Apresenta e justifica a base do modelo de organização econômica na necessidade e demanda dos movimentos sociais, nascido nos anos 80 e afirmado no decurso dos últimos 20 anos tendo como marco fundador as experiências dos Fóruns Sociais Mundiais ocorridos no Brasil no início dos anos 2000. Assim argumenta:

Embora a economia solidária tenha começado a se constituir de forma mais representativa na década de 80, com o surgimento de várias cooperativas, empresas de autogestão e outros empreendimentos congêneres, o espaço de discussão e articulação nacional começou a ser formado durante as atividades da economia solidária no I Fórum Social Mundial. Algumas entidades nacionais, juntamente com o Governo do Rio Grande do Sul, decidiram constituir um Grupo de Trabalho Brasileiro de Economia Solidária para organizar as atividades da economia solidária no II e III Fórum Social Mundial, reunindo várias iniciativas de entidades nacionais e de organizações e redes internacionais ligadas ao tema. O Grupo de Trabalho Brasileiro de Economia Solidária acabou se tornando uma referência nacional e internacional para as atividades ligadas ao Fórum Social Mundial e até mesmo para outras atividades (SINGER, 2003, p.3)

Para Paul Singer (2003, p. 189), desta forma

durante a organização das atividades do III Fórum Social Mundial, tendo uma conjuntura que apontava para a eleição do candidato do Partido dos Trabalhadores para a Presidência da República, esse Grupo de Trabalho programou a realização de uma reunião nacional ampliada para discutir o papel da economia solidária no futuro governo. Essa reunião foi realizada em novembro de 2002 e nela decidiu-se elaborar uma Carta para o Presidente eleito, sugerindo a criação de uma Secretaria Nacional de Economia Solidária. Também nessa reunião decidiu-se realizar em dezembro, a 1ª Plenária Nacional de Economia Solidária. A 1ª Plenária, que contou com a participação de mais de 200 pessoas, referendou a Carta produzida em novembro e decidiu realizar a 2ª Plenária Nacional durante o III Fórum Social Mundial para discutir a criação de um Fórum Brasileiro de Economia Solidária - FBES. Além disso, essa plenária possibilitou o início do debate e aprofundamento de uma plataforma política para o fortalecimento da Economia Solidária no Brasil. Trata-se de um conjunto de prioridades relacionadas às finanças solidárias, ao marco jurídico para os empreendimentos econômicos solidários, à formação e à educação, às redes de produção, comercialização e consumo, à democratização do conhecimento e da tecnologia e à organização social de economia solidária.

O trabalho fica consolidado, no ano de 2003, a partir da necessidade oriunda do Fórum Brasileiro de Economia Solidária da criação da Secretaria Especial da Economia Solidária, conforme afirma o autor:

O FBES foi criado em junho de 2003 na 3ª Plenária, no mesmo momento de criação da SENAES no Ministério do Trabalho e Emprego. O Fórum passou a ter o papel de interlocutor com a SENAES, no sentido de apresentar demandas,

sugerir políticas e acompanhar a execução das políticas públicas de economia solidária (SINGER, ano, p.)

Assim, nas visões de Paul Israel Singer, Euclides Mance e os demais autores apresentados sinteticamente, a Economia Solidária e o Cooperativismo Popular formam uma organização coletiva com a potencialidade de superar o modo de produção capitalista; apresentam mecanismos de resistência popular ao sistema econômico conhecido por economia de mercado; trazem na organização de redes solidárias de comercialização o potencial emancipatório para um im-
plante socialista na Ordem Econômica Atual, que apresenta sérios sinais de crise.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: O COOPERATIVISMO POPULAR E AS SUAS RELAÇÕES COM A ECONOMIA SOLIDÁRIA PARA POTENCIALIZAÇÃO DA AUTONOMIA COLE-TIVA

A economia solidária apresenta valores e princípios que renovam o cooperativismo e desta forma cria possibilidades de superar as crises do capital e instituir outro padrão na economia. Para isso é essencial o exercício de princípios que:

Valorizem o HOMEM e não o capital, através da socialização dos recursos, gerando uma nova ordem econômica e social, baseado na COOPERAÇÃO e na LIBERDADE.

Afirmem à cooperativa como uma associação de pessoas que se unem por sua livre vontade, para prestar um serviço ou realizar um trabalho de acordo com princípios básicos da ajuda mútua e da responsabilidade.

Melhem as condições de vida das famílias associadas e da comunidade em geral, dispensando a intervenção de patrão e intermediários na relação (MAN-CE, 2001, p. 35)

A economia solidária tem o propósito de valorizar o homem e não o capital, na relação capital *versus* trabalho, tendo como base a cooperação e a liberdade. A economia solidária surgiu a partir do contexto social, onde a sociedade oprimida busca alternativa para o caos estabelecido pelo capitalismo. Ela surge como resposta construída pela sociedade no enfrentamento à exclusão e ao desemprego em massa que se instaura na sociedade, agravado pela globalização econômica mundial. Ela não é uma economia marginal, que apenas responde às contradições do capitalismo. Mas sim, segundo Paul Singer (2002), ela é uma alternativa superior ao capitalismo, por proporcionar uma vida melhor às pessoas que a adotam.

A economia solidária é derivada da necessidade humana, num processo de construção de baixo para cima, sem nenhum estudo filosófico anterior, e ainda está em construção, pois não é uma teoria fechada. Para Paul Singer (2003, p.190), “o que distingue este novo cooperativismo é a volta aos princípios, o

grande valor atribuído à democracia e à igualdade dentro dos empreendimentos, a insistência na autogestão e o repúdio ao assalariamento”.

Segundo Cláudio Nascimento (2004), ela “significa uma nova expressão do movimento cooperativista frente à nova etapa do capitalismo, caracterizada pelo desemprego estrutural e pela precarização do trabalho, sob a hegemonia da globalização financeira.” A característica de sustentabilidade na economia solidária vai além da autossustentação e viabilidade financeira, contempla um desenvolvimento sustentável através da articulação da dimensão social, política, ambiental, cultural e organizacional.

A construção de uma economia solidária depende essencialmente da população, sua vontade de experimentar e aprender, aderindo aos princípios da solidariedade, da igualdade e da democracia, a sua vida cotidiana. (SINGER, 2002, p.125).

Assim sendo, ainda que diversos autores defendam a manutenção do modo de organização cooperado ou associado não representar uma resistência ao modo de produção capitalista, até mesmo por estar inserido nele, não se pode negar a contribuição para o resgate da cidadania, retomada dos Movimentos Sociais como forma de resistência, discussão e espaço de construção de uma autonomia coletiva, uma autodeterminação de suas intervenções na sociedade e especialmente na comunidade em que vivem.

Nos últimos anos, em especial desde o advento das eleições do Presidente Luis Inácio Lula da Silva, em 2003, o Governo Federal tem dirigido políticas públicas, de forma sistêmica – através de um contínuo encaminhamento de diretrizes normativas aos mais diversos Ministérios, além de repasse de fundos públicos – que incentivam o desenvolvimento do cooperativismo e associativismo, como forma de geração de trabalho e renda.

Se a utopia ainda serve para caminhar (parafrazeando Eduardo Galeano), o caminho a ser construído pelos movimentos sociais e comunitários tem na Economia Solidária, Associativismo e Cooperativismo uma experiência sobre a qual se vale a pena refletir naquilo que se denominou pela Sociologia Portuguesa, em especial em Boaventura de Souza Santos (1999) de caminhos da produção alternativa e tentativa de não desperdício à experiência.

Cumprido ao Governo Federal, a partir da implementação de políticas de Estado, o incentivo e aprofundamento destas medidas de desenvolvimento social se realmente for essa a política que se pretende tal e qual se anuncia nas mídias e imprensa a respeito de um país sem miséria.

REFERÊNCIAS

ALBARELLO, E.; KOZEN, J. I.; MARIANE, S. *Sustentabilidade dos empreendimentos solidários*. Rio Grande: Editora da FURG, 2009.

ALBUQUERQUE, P. Associativismo. In: CATTANI, A. D. (Org.). *A outra economia*. Porto Alegre: Veraz Editores, 2003.

ARRUDA, M. Socioeconomia solidária. In: CATTANI, A. D. (Org.). *A outra economia*. Porto Alegre: Veraz Editores, 2003.

CATTANI, A.D. (Org.). *A outra economia*. Porto Alegre: Veraz Editores, 2003.

_____. *Trabalho & autonomia*. Petrópolis: Vozes, 2000.

COSTA, E. D. P. *O trabalho portuário avulso na modernização dos portos*. Curitiba: UFPR, 2004.

DYE, T. R. Mapeamento dos modelos de análise de políticas públicas. In: HEIDERMAN, F. G. e SALM, J. F. *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: Editora UnB, 2009, p.99-132.

HARWICK, B. T. Em busca de uma “terceira” forma de fortalecer o processo de políticas públicas: apreciação crítica da “sondagem mista” e das principais teorias sobre formulação de políticas. In: HEIDERMAN, F. G. e SALM, J. F. *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: Editora UnB, 2009.

HEIDERMAN, F. G. Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento. In: HEIDERMAN, F. G.; SALM, J. F. *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: Editora UnB, 2009, p.23-39.

MANCE, E. A. *Redes de colaboração solidária*. Petrópolis: Vozes, 2002.

NASCIMENTO, C. *Autogestão e o novo cooperativismo*. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/Temas/EconomiaSolidaria/TextosDiscussao/Conteudo/AUTOGESTAO_COOPERATIVISMO.pdf>. Acesso em: 23/06/2012.

OPUSZKA, P. R. *Economia solidária e cooperativismo popular: potencialidades e limites a partir da rede solidária de comercialização do pescado*. São Paulo: Manole, 2012.

_____. *Cooperativismo popular: fragmentos jurídicos e econômicos*. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. *Grasping the concrete reality: popular cooperativism and artisanal fishing in the south of Brazil*. Prague, Czech Republic: Education and Science without borders, 2012.

SIMON, H. Rationality as a process and as a product of thought. *American Economic Review*. v.68, 1978, p.01-15.

SINGER, P. *Introdução à economia solidária*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo,

2002.

_____. *Uma utopia militante: repensando o socialismo*. Petrópolis: Vozes, 1998.

VEIGA, S. M.; FONSECA, I. *Cooperativismo: uma revolução pacífica em ação*. Rio de Janeiro: DP&A, 2001.

3

DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: EM BUSCA DE UM CONCEITO EM TEMPO DE GLOBALIZAÇÃO E SOCIEDADE DE RISCO

JOSÉ FERNANDO VIDAL DE SOUZA

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas; Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Pós-doutor pelo Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra; Pós-doutorando pela Universidade Federal de Santa Catarina; Especialista em Ciências Ambientais pela Universidade São Francisco; Bacharel em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas; Professor da Universidade Metodista de Piracicaba e da Universidade Paulista; Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.

ORIDES MEZZAROBA

Professor dos Programas de Graduação e Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade Federal de Santa Catarina; Professor colaborador do Programa de Mestrado em Direito da Uninove de São Paulo; Pesquisador de Produtividade do CNPq.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A apropriação da natureza pelo homem. 2. A globalização e a apropriação do humano. 3. Sociedade de risco e desenvolvimento sustentável. Referências.

INTRODUÇÃO

Pensar sobre a questão ambiental na atualidade é acima de tudo examinar a dinâmica do crescimento econômico, as mudanças sociais, o processo de globalização e as crises econômica e ambiental que orientam a política mundial.

Inicialmente se tomarmos *desenvolvimento sustentável* como um processo de mudança para a melhoria da qualidade de vida e a manutenção do seu ciclo natural hoje e sempre, com a busca da utilização dos recursos naturais visando atender as necessidades presentes sem comprometer os estoques para as gerações futuras, veremos que as principais crises vividas eclodem a partir da relação homem/natureza.

Nesse contexto a questão da vulnerabilidade do planeta deve ser vista uma leitura do materialismo e da perspectiva da natureza, partindo da visão de

Bacon, no século XVII, com a sua visão de domínio da natureza, até a constituição e o modo de produção capitalista que se inicia com um período de encubação que é ditado pelo período entre os séculos XVI a XVIII e o seu desenvolvimento ocorrido no século XIX com a Revolução Industrial e a sua expansão como modo de produção dominante e hegemônico no século XX.

De fato, a integração e o equilíbrio econômico, as preocupações sociais e ambientais são fundamentais para a conservação da vida humana na Terra, sendo que esse objetivo só será alcançado se lançarmos um novo olhar para o que produzimos, consumimos; como vivemos, trabalhamos; como nos relacionamos com as pessoas ou como tomamos decisões.

Porém, a relação homem/natureza deve se pautar pela prevenção do risco ambiental e não pela singela análise de administração do risco pelo processo de monetarização ou pela via compensatória.

Com efeito, é certo que, na atualidade, *desenvolvimento sustentável* se tornou um termo tão amplo que não se sabe mais se é uma mera ideia, uma visão, um conceito ou uma utopia.

Tal fato decorre da amplitude que se quer dar para o termo e a necessidade de atrelá-lo a uma perspectiva crescimento econômico, financeiro e fiscal.

De certa forma, o termo *desenvolvimento sustentável* tem se transformado na fórmula encontrada pelo capitalismo para minimizar ou se apropriar do debate sobre as questões ambientais.

Portanto, as crises que hoje se instalam no âmbito econômico, fiscal e financeiro não podem ser solucionadas apenas pela singela apropriação do termo desenvolvimento sustentável.

É necessário que cada crise seja observada sob o olhar da apropriação de poucos em detrimento de muitos. É importante, dentro dessa ótica, que o termo *desenvolvimento sustentável* seja empregado para a superação do que existe.

Enfim, só se entende que o termo tem um real significado se ele estiver atrelado à mudança de comportamento, pois do contrário estaremos falando mais do mesmo, e exercendo a velha arte romana de promover mudanças no seio da sociedade para que as coisas permaneçam tais quais se encontram.

O objetivo deste texto não é outro senão o de analisar o tema do desenvolvimento sob um olhar crítico, mostrando a origem do nascimento da relação homem/natureza no mundo moderno, a partir de Bacon até o fenômeno do modelo da sociedade de risco, com a evolução tecnológica, a globalização e as crises mencionadas, que fazem ressaltar as potencialidades e as limitações da Terra e a efetiva mudança de comportamento para garantia da sustentabilidade Planeta, com limites para abrigar pessoas, capitais e empreendimentos.

1. A APROPRIAÇÃO DA NATUREZA PELO HOMEM

Para compreender a apropriação da natureza pelo homem é importante recuperar a ideia inicial da relação homem/natureza. Com efeito, a época das grandes expedições marítimas é o tempo de Francis Bacon (1561-1626) que acreditava que a verdade estava no domínio do homem sobre a natureza, ou seja, deveria ele transformá-la. Somente o domínio desta seria capaz de permitir o progresso da humanidade.

As suas ideias eram fundadas em um novo método de pesquisa científica, cujo empreendimento era superar e enterrar o pensamento do medievo que oscilava na polêmica entre a razão e a fé.

Nesse particular, o filósofo Mariconda (2006, p. 462) enfatiza que em relação às denominadas disciplinas morais é de basilar importância uma análise do contexto histórico, em especial da filosofia moral imperante até o século XVII, que colocava a teologia em grau de superioridade às todas as ciências e ratificou o princípio de autoridade na interpretação dos textos sagrados, que deveriam estar de acordo a tradição dos doutos da Igreja e, desta forma,

a separação dicotômica entre fato e valor parece ser, assim, uma marca dos autores que atuam em países submetidos à confissão tridentina, ou seja, à ortodoxia católica da Contra-reforma, como Galileu, Descartes, Pascal ou que negam radical e peremptoriamente a superioridade do juízo teológico, como é o caso de Bacon. Por outro lado, o abandono, por parte dos reformados, do princípio de autoridade na interpretação dos textos sagrados, enquanto consequência da doutrina da salvação individual, teve dois efeitos. Em primeiro lugar, ao liberar o fiel de uma interpretação autorizada e pôr a responsabilidade da interpretação da Bíblia no indivíduo, a Reforma protestante introduzia o elemento da subjetividade (subjetivismo) na esfera dos valores, relativizando os padrões religiosos e morais. Em segundo lugar, a Reforma, em sua repercussão interna à esfera teológica, propiciou o desenvolvimento da teologia natural, como única possibilidade de teologia racional.

A apropriação da natureza pode ser examinada a partir da obra *Novum Organum*, onde Bacon inaugura o método experimental e enfatiza a dúvida, o erro e o juízo como forma de abrir atalhos na floresta da ignorância para construção de vias do conhecimento.

Naquela obra constata-se uma carta de independência científica e a superação da visão meramente especulativa que vigia desde Aristóteles a partir do saber teórico de explicação do mundo e das coisas, conforme desenvolve na obra *Organum*.

Bacon, mediante o emprego da visão empirista muda a ordem do mundo, eis que a pergunta fundamental não é mais saber por que as coisas são de um jeito e não são de outro, mas como as coisas funcionam. Essa compreensão desenvolvida pela ciência geraria benefícios aos homens e reduziria o seu traba-

lho. Para Bacon, a busca seria promover o bem do homem pela via da natureza e, assim, o avanço da humanidade viria pela via do progresso.

Essas ideias são aprimoradas por Descartes (1596-1650), no século XVII, que tem como ponto de partida a dúvida universal. Com isto ele amplia, através de seu método, a maneira de enxergar o mundo e construir um sistema que adota conceitos universais fundamentados em ideias inatas. Além disso, esses conceitos deveriam ser aplicados a todo e qualquer conhecimento empírico.

Tais conceitos são válidos para o mundo real e estabelecem um conhecimento *a priori* do universo, tais como o conceito de tempo, espaço, movimento, figuras, números etc.

Dessa forma, Descartes buscava a identificação de verdades fundamentais pela via da autonomia do pensamento. Afinal o seu mundo funcionava com a precisão e o mecanicismo de um relógio, sem segredo, sem desejo.

É essa visão científica mecanicista que enfatiza o pensar de Bacon no sentido de que o homem deve dominar a natureza. A ideia de domínio da natureza formulada por Bacon encontra, posteriormente, uma releitura ditada pelo capitalismo que a enxerga como matéria-prima a serviço do homem para efeito de desenvolvimento e progresso.

O pensamento liberal desenvolvido a partir do século XVII consolida uma perspectiva onde o homem deve ter garantias para explorar seu potencial, seu trabalho e suas habilidades para, através delas, buscar a felicidade. As ideias associadas à liberdade econômica e aos direitos individuais sedimentaram os rumos pelos quais a ideologia meritocrática do livre mercado e do livre empreendimento se tornou dominante. Como sustenta Locke (2004, p. 94), precursor das bases do liberalismo:

Embora a natureza tudo nos ofereça em comum, o homem, sendo senhor de si próprio e proprietário de sua pessoa e das ações ou do trabalho que executa, teria ainda em si mesmo a base da propriedade e aquilo que compôs a maior parte do que ele aplicou ao sustento ou conforto do próprio ser, quando as invenções e as artes aperfeiçoaram os confortos materiais da vida, era perfeitamente seu, não pertencendo em comum a outros.

Por fim, tudo isso atrelado ao conhecimento científico acaba por gerar a desumanização da natureza e a desnaturalização do homem.

Na esteira dessas transformações filosóficas, o pensamento liberal deitou as bases para o desenvolvimento e legitimação do modo de produção capitalista, concentrando-se numa articulação entre o homem natural, dotado de capacidades e potencialidades, cuja liberdade – econômica e política – permitiria sua expansão, cujos efeitos seriam necessariamente positivos ao conjunto da sociedade.

Tal base, derivada de Locke, Smith e outros, consolidou um modelo econômico e social calcado ideologicamente na racionalidade, na concorrência,

no individualismo, no risco privado e na meritocracia, tendo como paradigma a busca incessante dos desejos objetivos e subjetivos, legitimando o lucro e o sucesso como materialização do processo para uns, enquanto que o fracasso e o insucesso estão resumidos as incapacidades e as escolhas equivocadas de outros, reforçando o individualismo metodológico inerente ao liberalismo.

Nesse processo, a natureza se torna veículo condutor da busca pela realização privada, reforçando uma perspectiva de externalidade e submissão aos homens portadores dessa racionalidade instrumental e utilitária.

Ao mesmo tempo, é fato que desde a Revolução Industrial tem-se visto um crescimento jamais visto da população humana e da intensa utilização dos bens da natureza.

A maioria da população mundial se vê alijada dos avanços tecnológicos, os quais também se encontram submetidos à lógica de funcionamento do capital e, portanto, distante dos pressupostos de atendimento das necessidades humanas, reforçando o desequilíbrio latente das relações do homem com a Natureza, haja vista que o pacto que unia o homem primitivo ao seu habitat passa a ser definitivamente rompido unilateralmente pela lógica do capital, evidenciado de forma radical no processo inglês dos *enclosures*.

O desenvolvimento das forças produtivas materiais, ao mesmo tempo em que potencializa as possibilidades de atendimento das demandas sociais, objetivas e subjetivas, submete as populações a um padrão de consumo e de sociabilidade, onde as novas tecnologias redesenham formas de controle sobre o trabalho e a vida das pessoas, de intensificação da extração de trabalho excedente e exclusão social e de consumos impostos pelas corporações midiáticas.

O meio ambiente do homem contemporâneo permite alavancar a reflexão acerca do papel da produção de bens materiais, de sua existência, submetidos à lógica do lucro constante.

As contradições inerentes ao funcionamento do modo de produção capitalista foram potencializadas com a transformação do avanço tecnológico em marca identitária de uma nova fase do capitalismo, onde a utilização de novos meios técnicos permitiria a superação dos entraves sociais do sistema, realizando, na prática, os ideais de liberdade e democracia próprios do liberalismo e do neoliberalismo.

No entanto, submetidos à lógica do capital, a tecnologia enquanto valor-de-troca reforçou a forma e o conteúdo da mercadoria.

A tecnologia científica da mesma maneira que oferece pretensamente um ambiente de satisfação, cria angústias e conflitos, uma vez que não garante a felicidade uma vez que a vida em sociedade radicaliza as contradições e as diferenças culturais, sociais e econômicas se ampliam.

Com isso, tem-se que no confronto entre racionalidade, trabalho e meios de produção a capitalização da natureza tem recaído numa completa desumanização nas relações entre homem e meios de produção. Além disso, a apropriação da

natureza passou ser fundamental para a produção de riqueza.

Por esta razão, o conceito de desenvolvimento sustentável é revolucionário e como todas as idéias originais, alavanca debates intensos entre governantes e a sociedade civil sobre como atingir a sustentabilidade.

É certo, porém, que há autores que se apresentam bem céticos em relação a uma definição possível em relação ao termo desenvolvimento sustentável, como Veiga (2008, p. 208) ao enfatizar que

em meio a tantas linhas especulativas, o que parece se destacar é uma forte visão convergente de que as sociedades industriais estão entrando em uma nova fase de sua evolução. E que essa transição será tão significativa quanto aquela que tirou as sociedades européias da ordem social agrária e levou-as à ordem social industrial. Ao mesmo tempo, as diversas versões sobre o “desenvolvimento sustentável” parecem estar muito longe de delinear, de fato, o surgimento dessa nova utopia de entrada no terceiro milênio. Este é o enigma que continua à espera de um Édipo que o desvende.

Em razão destes fatos reforça o entendimento de que é preciso observar que a evolução ciência e a tecnologia científica “não se convertem em novos princípios determinantes do desenvolvimento sustentável nem fundam uma ética do conhecimento capaz de dirimir e solucionar os conflitos em torno da apropriação produtiva da natureza” (LEFF, 2006, p. 60).

Dentro do processo de desenvolvimento sustentável, segundo Lester Brown, do *Worldwatch Institute*, citado por Capra (1996, p. 24): “uma sociedade sustentável é a que satisfaz suas necessidades sem diminuir as perspectivas das gerações futuras.”

No entanto, como enfatiza Leff (2006, p. 15), na atualidade

A problemática ambiental emerge como um *crise de civilização*: da cultura ocidental; da racionalidade da modernidade; da economia do mundo globalizado. Não é uma catástrofe ecológica nem um simples desequilíbrio da economia. É a própria desarticulação do mundo ao qual conduz a coisificação do ser e a superexploração da natureza; é a perda do sentido da existência que gera o pensamento racional em sua negação da *outridade*.

A crise ambiental, como coisificação do mundo, tem suas raízes na natureza simbólica do ser humano; mas começa a germinar através do projeto positivista moderno que procura estabelecer a identidade entre o conceito e o real. A crise ambiental não é apenas a falta de significação das palavras, a perda de referentes e a dissolução dos sentidos que o pensamento da pósmodernidade denuncia: é a crise do *efeito do conhecimento sobre o mundo*. Indo além das controvérsias epistemológicas sobre a verdade e a objetividade do conhecimento e do problema da representação do real através da teoria e da ciência, o conhecimento voltou-se contra o mundo, interveio nele e deslocou-o.

Portanto, o desenvolvimento sustentável pressupõe um crescimento econômico compatível com a existência dos recursos naturais, de tal forma que

esses sejam preservados e não degradados, bem como o combate para a erradicação da pobreza, com a satisfação das necessidades básicas fundamentais e melhora da qualidade de vida da população, possibilitando a transmissão deste legado para as futuras gerações.

2. A GLOBALIZAÇÃO E A APROPRIAÇÃO DO HUMANO

A partir da queda do muro de Berlim se instaura uma nova lógica da política mundial, assinalada pelo encerramento da Guerra Fria, que seria o anúncio de uma abertura dos mercados, com a reunificação alemã e o esfacelamento da União Soviética.

Surge um período denominado de era da Globalização, com a visão de uma economia alimentada pela ideia de universalidade e hegemonia dos países capitalistas, com efeitos diretos sobre a esfera social, política e econômica que alteraria inclusive a percepção de tempo e espaço.

Segundo Bauman (1999, p. 07) de quando em quando surgem palavras que são consideradas da moda e Globalização é um delas. Essas palavras, no entanto, passam a ter quase que o mesmo destino, ou seja, “quanto mais experiências pretender explicar, mais opacas se tornam” e “quanto mais numerosas as verdades ortodoxas que desalojam e superam, mais rápido se tornam cânones inquestionáveis”.

Além disso, esse fenômeno não é algo novo, pois de longa data (cerca de cinco séculos) se busca estabelecer uma integração econômica e cultural entre os povos.

Por isso, para correta compreensão da temática é importante ter claro que não há um entendimento pacífico sobre o início da globalização. Como destaca Beck (1999, p. 46), Marx, por exemplo, estabelece o início como sendo o século XV, com o surgimento do capitalismo moderno; Wallerstein como sendo o século XV, com o aparecimento do sistema capitalismo mundial; Robertson, define o período entre 1870-1920, a partir da multidimensionalidade; Giddens, a partir do século XVII, com a modernização; Permuter com o término do conflito Leste e Oeste e o aparecimento da civilização global.

Por essa razão, Beck (1999, pp. 27-30) faz uma distinção entre globalismo, globalidade e globalização. Assim, no seu entender *globalismo* é “a concepção de que o mercado mundial bane ou substitui, ele mesmo, a ação política; trata-se, portanto, da ideologia do império do mercado mundial, da ideologia do neoliberalismo”. *Globalidade* é o fato de que “já vivemos, há tempos, em uma sociedade mundial; significa “o conjunto das relações sociais, que não estão integradas à política do Estado nacional ou que não são determinadas (determináveis) por ela”. Por fim, *globalização* significa “os processos, em cujo andamento os Estados nacionais veem a sua soberania, sua identidade, suas redes de comunicação, suas chances de poder e suas orientações sofrerem interferência cruzada de

atores transnacionais”.

Não obstante a partir de tais considerações, o certo é que o fenômeno de *ações sem fronteiras* surge com os navegadores e descobertas de rotas marítimas para o estabelecimento do comércio entre o Ocidente e o Oriente e vem até os dias atuais com a divisão do mundo em blocos regionais como a União Europeia, o Nafta, o Mercosul e uma tendência gradativa de fragmentação de territórios soberanos.

Assim, a globalização pode ser marcada por três fases distintas: a) período denominado expansionismo mercantilista (1450-1850); b) período era Industrial, imperialista e colonialista (1850-1950); c) período pós-1989 aos dias recentes.

O expansionismo mercantilista associa-se à descoberta de novas terras aliadas ao comércio e marca a economia do mundo com rotas marítimas para as Índias e o estabelecimento abertura de mercados da Europa para a Índia, China e Japão, com especiarias e mercadorias como açúcar, tabaco, café, minérios além de outros, muitos desses produtos obtidos diretamente das colônias, situadas no sul da América do Norte, no Caribe e no Brasil, através da utilização de mão de obra escrava, oriunda da África, indígena ou dos povos locais dessas regiões.

Esse primeiro momento da globalização só foi possível em decorrência do intenso e violento tráfico negreiro, da expropriação das terras indígenas, dizimação intensa desses povos locais e ou pela destruição da sua cultura, além da propagação de doenças e epidemias que os devastaram pelo contato com os europeus.

Forma-se nesse período uma relação triangular na qual a Europa ocupa o ápice como fornecedora de manufaturas e os vértices compostos pela África como fornecedora de mão de obra escrava e as colônias como fornecedoras de matéria prima a ser exportada.

A partir dessa estrutura o comércio transoceânico forma uma imensa expansão do mercado que se organiza em um espaço globalizado e favorece o surgimento de artesãos, os industriais emergentes e consumidores. A expansão do mercantilismo faz surgir os monopólios, a circulação intensa de mercadorias e o capitalismo. O mercantilismo ainda é o sistema econômico adotado pela maioria das monarquias.

A era da Revolução Industrial é marcada por um processo intenso de aceleração do crescimento da indústria, da técnica e guerras no âmbito político. Países como Inglaterra, França, Bélgica, Alemanha e Itália industrializam-se aceleradamente e, ao mesmo tempo por guerras e revoluções, no âmbito político.

De fato, é nesse período que se pode verificar o desenvolvimento de novos equipamentos sofisticados como a máquina a vapor (1765), a aplicação no setor de transportes terrestres e marítimos, a máquina de fiação (1767), o tear hidráulico (1768) e o tear mecânico (1785) no âmbito da cadeia produtiva do setor têxtil.

Esses avanços tecnológicos só podem ser viabilizados pela via da exploração da natureza, com grande utilização de carvão, tudo para a produção em massa. Mais tarde, este modelo taylorista de indústria se espalhará para o ramo siderúrgico, que se aliará à eletricidade e a intensa utilização do petróleo para fundar, enfim, a indústria automobilística.

O campo político também é bastante fértil nessa ocasião tem-se a Independência dos Estados Unidos (1776), a revolução francesa (1789) as guerras napoleônicas (1799-1815), a abertura do mercado chinês com o tratado de Nanquin, assinado em 1842 entre a Dinastia Manchu, na China e Grã-Bretanha para por fim à chamada a primeira guerra do ópio, eis que os ingleses, com fim das guerras napoleônicas se voltaram para o comércio mais intenso com o Oriente e tinham exclusividade nas operações comerciais no porto de Cantão.

Contudo, tinham grande dificuldade de ingressar com seus produtos de exportação (seda, chá e porcelana) no mercado chinês. Tais perdas econômicas foram compensadas pela Grã-Bretanha com a venda de ópio indiano para o Império Chinês. Porém, ao ver a sua população, em especial os soldados serem consumidos pelo uso excessivo da droga, os chineses decidiram proibir o comércio da droga em seu território, o que deflagrou a guerra entre os dois países.

A abertura do mercado japonês, por sua vez, se dá com a revolução *meiji* no seio do Império Japonês. De fato, a era *meiji* (1867 a 1912) promove a introdução da noção do Estado-nação entre os japoneses, que permitiu uma acelerada modernização, a superação de um país com características feudais, o surgimento de conglomerados empresariais, rápida industrialização, fortalecimento de sua economia e obediência a tratados internacionais, que permitiram a abertura do mercado.

Todos esses fatos culminam com o fim tráfico de escravos, por meio dos navios negreiros e da escravidão, muito embora, no Brasil, isso perdure até 1888, fato esse que promoverá uma crise e um rearranjo de forças, pois o crescimento econômico perde sua base fundamental para consumo e progresso do primeiro período de globalização, que foi a utilização de mão de obra escrava.

Assume esse lugar a mão de obra assalariada e a intensa competição dos países europeus pela hegemonia do mundo, com os grandes investimentos em processos técnicos capazes de encurtar distâncias, como a construção de linhas férreas, aumento do comércio marítimo, telégrafo, telefonia e posturas belicistas e imperialistas no âmbito político, que acabam por culminar com duas grandes Guerras Mundiais e formação do mundo em dois grandes blocos formados por duas superpotências (Estados Unidos e União Soviética).

Por fim, a globalização recente é marcada por um projeto liberal-capitalista, que conflitou e rivalizou com os projetos comunistas e nazifascistas.

Inicialmente, o projeto nazifascista foi derrotado por uma aliança do projeto liberal-capitalista com o projeto comunista. Na sequência, esses dois projetos passaram a se rivalizar em uma luta ideológica, com competição armamen-

tista e tecnológica, que gerou a Guerra Fria.

O processo de globalização, por sua vez, corresponde a um processo dinâmico de interação entre as nações, proporcionado pelos progressos técnicos dos meios de transportes e telecomunicações, com destaque para os avanços informacionais das últimas décadas.

De fato, a partir da década de 1950 as empresas transnacionais começaram a direcionar suas filiais para os países subdesenvolvidos e, em pouco tempo, passaram a dominar o comércio internacional.

O crescimento das empresas expandiu os mercados, gerando novos e maiores investimentos tecnológicos para a busca novas formas e meios de produção, tudo para atender os mercados consumidores de localidades distintas, com redução do tempo e a melhor maneira possível da utilização do espaço, das matérias-primas e da mão de obra.

A logística obrigou o setor de transportes a se adaptar às novas demandas para garantir uma distribuição eficiente, rápida e segura das mercadorias.

A Revolução técnico-científica, a partir de 1970, implementou um conjunto de modificações tecnológicas que alterou a estrutura de produção e comercialização das mercadorias e a comunicação, conduzida pelo atual modelo de telecomunicações, ampliou demasiadamente a possibilidade de circulação de mercadorias, informações e pessoas pelo mundo.

A queda do Muro de Berlim em 1989 enfraquece a lógica do projeto soviético, o que levou à retirada de suas tropas da Alemanha e a posterior dissolução da URSS, em 1991. Além disso, a República Popular da China, a partir da década de 1970, promove intensa modernização, permitindo a implantação de indústrias multinacionais em seu território.

Chega-se, assim, ao domínio dos mercados pela via do modelo liberal-capitalista utilizado pelos Estados-Unidos com a utilização do dólar como moeda padrão para transações comerciais e o inglês como língua universal, pela via das transações comerciais.

Com isso, tem-se a globalização agora como um fenômeno social que pretende promover uma integração em escala global, no aspecto econômico, social, cultural e político.

Assim sendo, é possível uma empresa produzir em um determinado país, fazer investimentos em outros países, com a exigência de aprimoramento da infraestrutura e incentivos fiscais em outro país e se manter nesse local e, ainda, pagar impostos em um terceiro país.

Sobre essa nova dinâmica é pertinente observação de Acselrad, Mello e Bezerra (2009, p 135) ao destacarem que o capitalismo na atualidade “mostra-se [...] como um sistema que paralisa e captura os atores sociais no interior de ‘alternativas infernais’ – situações que não parecem deixar outra escolha além da resignação ou da denúncia impotente ante a guerra econômica incontornável”. E estas ‘alternativas infernais’ limitam o campo político e passam a se impor

como norma, mecanismo de disciplinamento e controle. Isso faz “com que os indivíduos se aprisionem nos imperativos da “competitividade”, nos requisitos de serem capazes de atrair sobre si e suas localidades os investimentos disponíveis no mercado”.

Além disso, continuam Acselrad, Mello e Bezerra (2009, p 136), “ao implantarem ‘alternativas infernais’ como normas de aceitação visam admitir projetos de investimento social e ambientalmente regressivos”, promovendo com isso uma “desregulação imposta pelos capitais dotados de maior mobilidade espacial” e caso as condições pleiteadas pelos empreendimentos, tais como, “isenções fiscais, favores fundiários, flexibilização das normas ambientais, urbanísticas etc” não sejam aceitas, o empreendedor “acena com a possibilidade de ir para outra localidade no interior do país ou para outro país, sendo que esta ‘chantagem locacional’ é possível em razão da mobilidade dos capitais resultante do processo de liberação e abertura econômica”.

Ora esse fato só foi possível porque o modelo liberal-capitalista reinante passou a se apropriar do humano, eis que a natureza já fora dominada, conforme explicado anteriormente. Com isso, as empresas passaram a ter intensa atividade política, promovendo o esfacelamento dos Estados.

Diante das colocações postas, como enfatiza Beck (1999, p. 27), “levantar a voz contra o poder do mercado mundial é tarefa difícil” e só seria “possível se se inventasse um meio para destruir o (mundialmente poderoso) mercado mundial, algo capaz de atuar em todas as cabeças e inibir todas as ações”.

Entretanto, como adverte Sachs (2007, p. 23) não se pode adotar uma postura comodista diante desta constatação, pois se “para que as coisas aconteçam, é preciso que sejam economicamente viáveis. A viabilidade econômica é uma condição necessária, porém certamente não suficiente para o desenvolvimento”, eis que “o econômico não é um objetivo em si, é apenas o instrumental com o qual avançar a caminho do desenvolvimento includente e sustentável”. Assim sendo os cientistas sociais têm uma enorme responsabilidade. “Essa responsabilidade consiste precisamente na explicitação dos critérios com os quais se avalia o desenvolvimento includente, sustentável e sustentado”.

Portanto, é necessário a correta compreensão deste fenômeno e entender que globalização não significa melhoria das condições de vida de todas as nações, eis que como destaca Bauman (1999, p. 07) nesse fenômeno “há mais coisas do que pode o olho aprender” e uma vez dissipada a névoa que cobre o termo, surge a clareza da “condição humana atual”.

Nesse contexto importante advertência é feita por Sousa Santos (2002, p. 53) sobre as teorias da *modernidade reflexiva*. Essas, resumidamente, pregam a vitória da modernidade ocidental pela via da industrialização e são adotadas não só por Giddens, mas também por Beck, Lash e Urry que, no então, não se atentam para o fato de que “a grande maioria da população mundial sofre as consequências de uma modernidade ou globalização nada reflexiva ou que a grande

maioria dos operários vivem em regimes de acumulação que estão nos antípodas da acumulação reflexiva”.

Assim, em decorrência de tais fatos é que essa nova ordem mundial também estabeleceu o nascimento de movimentos contra-hegemônicos, formados por organizações distintas da sociedade civil tais como, Organizações não Governamentais (ONGs), sindicatos, movimentos ambientalistas ou grupos indígenas, dentre outros, pois a melhoria das condições de vida não tem sido idênticas para todas as pessoas.

Dessa maneira, eventos como movimentos como o Fórum Social Mundial (FSM) são formados e congregam pessoas e movimentos sociais contrários às políticas neoliberais do FEM (Fórum Econômico Mundial), a partir de 2001, com o lema “Um outro mundo é possível”.

No entender de Sousa Santos (2005, p.15-17) o FSM possui uma dimensão utópica que “consiste em proclamar a existência de alternativas à globalização neoliberal”, além de se revelar como uma “utopia radicalmente democrática” e se apresentar como “a única utopia realista depois de um século de utopias conservadoras, algumas delas o resultado de utopias críticas pervertidas”. Tudo isso, ainda ressalta o sociólogo português, faz com que este projeto utópico seja “baseado na negação do presente em vez de assentar na definição do futuro, concentrado nos processos de intercâmbio entre movimentos e não na avaliação e hierarquização do conteúdo destes” e este seria o mais expressivo fator de coesão do FSM.

De qualquer forma, salta à vista que esses movimentos se aproveitam da própria estrutura comunicacional criada pela globalização, tal como a internet e seus milhares de usuários pelo mundo, que acabam por se inteirar dos fatos instantaneamente.

Ademais, como explica Leff (2006a, p. 160) o saber ambiental é um saber sobre o campo do ambiente “externalizado pela racionalidade econômica, científica e tecnológica da modernidade”. Porém, também, “conota os saberes marginalizados e subjugados pela centralidade do *logos* científico”.

Dessa maneira, várias ações podem ser tomadas e soluções encontradas nos diferentes lugares do mundo, gerando ações no sentido produzir uma melhor adequação às transformações propiciadas pelo fenômeno da globalização.

No entanto, essas reações vão desde produções que refletem a diversidade cultural, herdada de séculos de tradição dos vários povos da Terra e representadas por variadas manifestações artísticas de grupos e etnias, até tradições atávicas e conservadoras que, diante do contexto de incertezas políticas e econômicas, fazem brotar movimentos separatistas, xenofóbicos e terroristas.

Alia-se a isso, também, o fanatismo religioso que tenta através um modelo próprio de sociedade, apresentar e recuperar valores morais como mecanismo de manutenção da identidade cultural das nações e resistência aos desafios impostos pela globalização.

Por essa razão, Leff (2006, p. 18) sustenta que a racionalidade ambiental nasce nas “entre as dobras do pensamento moderno”, bem como desvela os círculos perversos e aprisionamentos e as amarras das “categorias do pensamento e os conceitos científicos ao núcleo da racionalidade de suas estratégias de dominação da natureza e da cultura”. Além disso, a racionalidade ambiental ainda indaga sobre a fundação do uno e o desconhecimento do outro, eis que estes levariam “ao fundamentalismo de uma unidade universal e à concepção no processo de globalização”, responsáveis diretos do terrorismo e da crise ambiental “como decadência da vida, como vontade de suicídio do ser e extermínio do outro, como a perda de sentidos que acarreta a coisificação do mundo e a mercantilização da natureza”. Enfim, a racionalidade ambiental busca “conter a alteração dos contrários como dialética da história para construir um mundo como convivência da diversidade”.

Percebe-se diante de tais colocações que a velocidade imposta pelo capital transformou o nosso modelo atual em um modelo de sociedade líquida onde tudo se dissolve pelo excesso de consumo e pela banalidade das relações humanas.

A globalização não é assim um fenômeno espontâneo e irreversível, no qual as diferenças culturais, econômicas e sociais desapareceram, em favor de um putativo crescimento econômico para todos, pelo contrário, ela faz ressaltar ainda mais as contradições político-ideológicas impostas pelo capitalismo.

Essas considerações, aliás, se agravaram com o avanço do capitalismo que proporcionou um crescimento tecnológico, a partir do atrelamento da ciência como meio de produção e, ao mesmo tempo, gerou uma maior degradação do meio ambiente.

De fato, a capacidade de se transmutar leva o capitalismo a se perpetuar e assim tem-se a sua configuração através de fases, na qual o seu primeiro período é marcado pelo capitalismo liberal, que cobre todo o século XIX. O segundo período engloba o fim do século XIX até duas décadas após a 2ª Guerra Mundial e é denominado de capitalismo organizado. Por fim, o terceiro período, denominado de capitalismo desorganizado, cobre o período do final da década de sessenta do século passado até o início da década de 1990. Nessa fase vê-se a eclosão do capitalismo financeiro.

Bauman (2010, p. 7) explica essa trajetória ao salientar que “o capitalismo se destaca por criar problemas e não por solucioná-los”, revelando-se um modelo *parasitário* que necessita sempre de novos mercados para explorar e, assim, continuar a sobreviver.

Por isso, Bauman (2010, p. 29) complementa que as mudanças perpetradas pelo capitalismo no interior das sociedades modernas ensejou a mudança de um modelo que levou a uma transição “da sociedade *sólida* para a sociedade *líquida*, de produtores para consumidores” e assim, “a fonte primária de acumulação capitalista se transferia da indústria para o mercado de consumo”.

Tudo, pois, é visto sob a ótica das regras de mercado e os conceitos de mercadoria e de consumidor, inclusive as relações humanas.

Na atualidade, porém, como ressalta Leff (2004, p. 34) o *saber ambiental* “não é o paço de articulação das ciências constituídas”, pois “o ambiente não está dado”. Por esta razão, o saber ambiental emerge da “ordem do não pensado, mas também do conhecimento que tem desconhecido sua exterioridade e que se manifesta como *crise ambiental*”.

No entanto, a globalização se apropria do humano e estabelece padrões. Assim, ser diferente é ser igual. Por outras palavras, a diferença é marcada pelos produtos e mercadorias que cada um tem condições de adquirir. O mercado estabelece o padrão a ser seguido e as relações humanas passam a ser guiadas por estes padrões.

No entanto, como advertem Vidal de Souza e Horbatiuk Dutra (2011, p. 08):

A crise da pós-modernidade vai além da crise ecológica retratada nas ameaças de catástrofes ambientais e no risco de um colapso de recursos naturais. É uma crise mais profunda, de cunho político, que atinge a humanidade e se concretiza em ameaça às suas características fundamentais, naquilo que distingue os homens, a capacidade de amar, compartilhar sentimentos e assumir responsabilidades.

Além disso, como explica Leff (2004, p. 35) o saber ambiental hoje emerge, também, de um espaço diverso do científico, eis que

o ambiente não é o conhecimento positivo que falta aos paradigmas científicos ao terem esquecido a natureza. O ambiente é essa falta de conhecimento que não se completa nem se totaliza, que anima um processo interminável de construção de um saber – de saberes – que orienta ações, que gera direitos, que produz técnicas para pensar e construir um mundo sustentável, segundo outros valores que se constituem na ordem simbólica e no reconhecimento de outros potenciais na ordem do real.

Vê-se, com isso, que a degradação atual não é só da natureza, mas atinge o humano, pois nos coloca mais uma vez diante do risco de práticas totalitárias, exclusões variadas, impossibilidade de acesso aos mercados que estão a construir uma massa de pessoas consideradas como desqualificadas para este modelo de mundo globalizado, pois a miserabilidade e a falta de emprego não permitem o acesso ao consumo, que faz a roda do mercado girar.

Enfim, o homem inicialmente se apropriou dos recursos naturais para construir o modelo de mercado. O mercado se agigantou e, agora, se apropria do homem e da natureza.

Dentro desse viés, a ideia de *desenvolvimento sustentável* só é possível se promover uma ampla discussão dos pontos fundamentais de sustentação do capitalismo, tais como padrões de produção e consumo, regime de acumulação

de riquezas, modos de regulamentação do capital pelo Estado e integração da economia com os interesses sociais, evitando-se a destruição da natureza, mas também do homem em sua identidade, inaugurando uma época de solidariedade e respeito global e cósmica.

3. SOCIEDADE DE RISCO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O fenômeno da globalização também traz à tona a análise do risco. O homem não suporta conviver com o desconhecido, mas este traz ínsito na ideia de risco. O risco faz parte do conhecimento humano. Conhecer é acima de tudo debruçar-se sobre o desconhecido.

Entretanto, a partir da Revolução Industrial a técnica pareceu trazer ao homem uma falsa ilusão do risco ou uma certeza maior no seu enfrentamento.

Antes dessa fase o risco tinha em seu interior um sabor de aventura ou um desejo individual pelo desconhecido. Como explica Beck (2011, p. 25), por exemplo, Colombo quando sai “em busca de novas terras e continentes para descobrir, assumiu riscos. Esses eram, porém, *riscos pessoais*, e não situações de ameaça global, como as que surgem para toda a humanidade com a fissão nuclear ou o acúmulo de lixo nuclear”.

Mas como chegamos à dimensão atual do risco atingir a sociedade como um todo?

Tal fato só foi possível porque a técnica desenvolveu-se com seu atrelamento ao modelo capitalista. Isso fez com que a sociedade industrial passasse a assimilar mais intensamente a ideia de risco e, por vez, desprezasse a possibilidade do dano, crendo (em várias oportunidades essa crença não é científica, mas pautada pela ilusão ou fé) que este poderia ser corrigido pelo uso da técnica existente ou a ser desenvolvida.

No entanto, como explica Beck (2011, p. 25) os riscos atuais se diferenciam dos riscos da época do medievo atingem uma globalidade, ou seja, a biota como um todo. Enfim, “são riscos da modernidade. [É] um *produto de série* do maquinário industrial do progresso, sendo *sistematicamente* agravados com seu desenvolvimento ulterior.”

Assim, tem-se que a sociedade de risco é a sociedade industrial que se alia ao modelo capitalista, orientada pela ciência e pela alta tecnologia, para promover padrões de consumo. A produção de riqueza, porém, não é feita de modo a distribuir os dividendos de forma equânimes entre os países do globo terrestre, o que tem gerado significativo aumento das desigualdades e da pobreza.

Neste sentido, Vidal de Souza (2010, p. 79) enfatiza que não basta a singela distribuição de riquezas pela via do consumo como pretende a concepção capitalista vigente, eis que:

o modelo não tem capacidade de consagrar o mesmo padrão de distribuição de riquezas, pois não há condições de sustentabilidade do planeta. Um bom

exemplo é imaginar se a maioria dos chineses e indianos pudesse ter a mesma condição econômica da classe média americana, com os mesmos hábitos de consumo. A fragmentação do modelo se daria pela via ambiental, pois a aceleração da destruição e a escassez dos recursos naturais seria abrupta e praticamente instantânea.

Os riscos universais são, pois, produzidos no interior do processo de industrialização, dentro da cadeia produtiva e podem atingir todos os seres vivos do planeta, sendo por vezes invisíveis ou irreversíveis e, assim se revelam como uma ameaça. A superação dos riscos só será possível pelo conhecimento da lógica do capitalismo, da consciência da ameaça de que estes podem se transformar em riscos irreversíveis e, de uma postura política para mudança de comportamentos para superar os problemas de ordem econômica, social e política.

Além disso, conforme observa Leff (2003, pp. 58-59) hoje a crise ambiental não é marcada por uma crise ecológica, mas por uma crise da razão, na qual o conhecimento é colocado em dúvida, sendo necessário, pela via da educação, entender que a complexidade ambiental exige a compreensão do mundo e não apenas do meio e, sendo assim,

se a ciência perdeu suas certezas e suas capacidades predicativas, se foi derubada a possibilidade de construir um mundo planejado centralmente sobre bases de uma racionalidade científica e uma racionalização dos processos sociais, então a educação deve preparar as novas gerações não somente para aceitar a incerteza (uma educação com preparação ante o desastre ecológico e capacidades de respostas para o imprevisto); também deve preparar novas mentalidades capazes de compreender as complexas inter-relações entre os processos objetivos e subjetivos que constituem seu mundo de vida, para gerar habilidades inovadoras para a construção do inédito. Trata-se de uma educação que permite preparar-se para a construção de uma nova racionalidade; não para uma cultura de desesperança e alienação; não para uma cultura de desesperança e alienação; ao contrário, para um processo de emancipação que permita novas formas de reapropriação do mundo.

Nessa linha de pensar, a questão ambiental, conforme já ressaltado, está inserida no contexto político-institucional. Tal fato vem provocando uma mudança na utilização dos instrumentos governamentais e uma crise nas estruturas dos organismos públicos, que devem buscar a sustentabilidade ambiental e a equidade.

Porém, como observa Vidal de Souza (2011, p. 106) se o conceito de desenvolvimento sustentável

não for bem examinado e refletido pode se tornar poroso e servir de base para o pensamento elitista e conservador, através de instrumentos utilitaristas, deixando de promover qualquer alteração estrutural, acabando por ser facilmente assimilado e engolido pelas classes dominadoras, num rápido e eficiente rearranjo de forças, reduzindo por completo seu potencial de novo paradigma e

modificador do pensamento social.

Neste sentido, o exemplo trazido por Höeffel (1999, p. 29) é extremamente pertinente ao esclarecer o comportamento das pessoas que na atualidade acreditam que a simples reciclagem do lixo produzido implica em cumprir com a sua parte em toda a problemática ecológica envolvida:

[...] mesmo que continuem com estilo de vida consumista e todas as outras práticas destrutivas correntes nas sociedades industriais. Este fenômeno exemplifica a alienação das pessoas frente aos problemas ambientais e ilustra a utilização do discurso ambiental para perpetuar um estilo de vida.

Por tal razão, não é possível pensar em desenvolvimento sustentável sem ter em conta a visão atual de consumo implementada pelo modelo capitalista.

De fato, o segundo dados do Segundo o Relatório de Desenvolvimento Humano 2006 (2006, p. 269) do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD):

As 500 pessoas mais ricas do mundo têm um rendimento de mais de 100 mil milhões de dólares, sem tomar em consideração a riqueza de activos. Isso excede os rendimentos combinados dos 416 milhões mais pobres. A acumulação de riqueza no topo da distribuição de rendimento global tem sido mais impressionante do que a redução de pobreza na base. O *Relatório Mundial sobre Riqueza* de 2004, preparado por Merrill Lynch, avança que a riqueza de activos financeiros dos 7,7 milhões de «indivíduos de elevado valor líquido» atingiu os 28 biliões de dólares em 2003, com um crescimento previsto de 41 biliões de dólares até 2008.

Constata-se, que a globalização tem feito com que os governos mantenham um diálogo muito maior com as grandes corporações do que com a sociedade civil. Tal fato ocorre porque as grandes corporações são maiores que os governos.

Vale observar que das cem maiores economias do mundo, cinquenta e uma são representadas pelas grandes corporações. É essa lógica que leva os governos a se preocuparem mais em atender aos interesses das corporações do que os interesses das pessoas que deveriam proteger.

Contudo, ao examinar o sistema produtivo observamos que os recursos naturais do planeta são finitos, sendo que nos últimos cinquenta anos foram consumidos cerca de 30% dos recursos naturais do planeta.

Essa lógica tem levado os países do Norte a buscarem os recursos naturais junto aos países do Sul, sob a alegação de que a produção não pode parar. Assim, os habitantes desses países passam a ser considerados como meros fornecedores de matéria-prima e não como proprietários de tais bens, pois não reúnem condições reais de consumir e, por esta razão, são excluídos e considerados pes-

soas sem qualquer interesse para o mercado.

Por isso, extremamente pertinente a observação de Buarque (2007, p. 48) ao alertar que nos dias de hoje consumimos 5,2% das reservas a cada ano e em 2024 estas estarão esgotadas: “se você tem uma mentalidade da sustentabilidade, fica assustado com a auto-suficiência. Caso tenha a mentalidade do produto, fica alegre com essa idéia. É uma questão de mentalidade, de lógica, de conceito, de valores”.

Alia-se a essa observação o fato de que a produção cada vez mais se vale de quantidades de produtos tóxicos que levam ao aumento da poluição e ao comprometimento do planeta para as gerações futuras.

Além disso, os trabalhadores se submetem a trabalhar mantendo contato diário com toxinas por falta de alternativas de emprego. A fiscalização maior referente ao controle da poluição, por sua vez, leva as empresas a mudarem suas empresas para países com uma legislação mais branda e tolerante, agravando ainda mais a taxa de desemprego de muitos países.

Na etapa seguinte, ou seja, a distribuição dos produtos, o segredo é vender mais, pelo menor preço e manter a cadeia de consumo em constante movimento. Assim, produtos com baixo preço obedecem à lógica de se pagar baixos salários durante o desenrolar de toda a cadeia de produção.

Portanto, o motor desse sistema é o consumo impensado e irresponsável, que leva a um hiperconsumismo e uma constante circulação dos produtos. Essa ciranda revela que, em média, os produtos novos cheguem ao lixo no prazo de seis meses após o seu lançamento, o que indica um baixo rendimento das coisas. Isso ocorre porque as pessoas transformaram a compra e o uso dos bens em rituais de satisfação do ego e do espírito, capaz de trazer conforto momentâneo pleno e, por deduzirem que é assim mesmo, as coisas devem ser descartáveis, substituídas e destruídas em ritmo acelerado.

Essa lógica do consumo exige que os bens sejam produzidos com data certa de durabilidade, motivados pelo fator de serem considerados obsoletos. Com isso, as coisas, embora ainda úteis, são obsoletas porque sofrem constante mudança de aparência ou são obsoletas porque são idealizadas para serem avariadas rapidamente, exigindo a sua troca.

Todo esse comportamento passa a ser ditado pela publicidade massiva e constante, que apresenta o que é certo e o que é errado em matéria de consumo. Somado a isso está o fato de se viver em uma época na qual se deve administrar não o tempo, mas a falta do bem, a sensação de infelicidade das pessoas cresce de forma vertiginosa. Assim, comprar coisas desnecessárias passa a ser um remédio para compensar as frustrações humanas.

Dessa maneira, se cria um círculo vicioso sem fim que nos leva a trabalhar cada vez mais para obtermos dinheiro, vemos anúncios nos meios de comunicação e adquirir produtos inúteis. Contudo, rapidamente, a maioria destes produtos se transforma em lixo que, por sua vez, contribui para a poluição do

solo, da água e do ar.

Ademais, não podemos esquecer que no mundo ocidental são poucos os sinais que permitem alterar a visão capitalista atual, sendo que os paradigmas ambientais são aqueles de maior intensidade e capazes de abalar a estrutura das sociedades industriais e promover uma implosão político-social deste modelo.

Desta maneira, não é à toa que Sachs (2000, pp. 65-66) lembra que no seu entender:

[...] o desenvolvimento é o processo histórico de apropriação universal pelos povos da totalidade dos direitos humanos, individuais e coletivos, negativos (liberdade contra) e positivos (liberdade a favor), significando três gerações de direitos: políticos, cívicos e civis; sociais, econômicos e culturais; e os direitos coletivos ao desenvolvimento, ao meio ambiente e à cidade [...].

Portanto, as teses que consagram a sustentabilidade devem buscar mecanismos novos, ágeis e eficientes para demonstrar a viabilidade do desenvolvimento equilibrado tanto na esfera ambiental como social, dando um passo adiante do discurso ambiental preservacionista e do fundamentalismo ecológico, meramente denunciatório.

Com efeito, o momento atual permite uma maior reflexão para mudança de comportamento, pois como alerta Sachs (2007, p. 30) não se está num mundo globalizado, “estamos num mundo em que ocorrem processos de reglobalização”. Assim, “é possível que, com um grande encarecimento do custo do transporte, tenhamos nas próximas décadas um refluxo, um começo de desglobalização e uma tensão maior à utilização do potencial latente das economias locais. Pelo menos, está é uma hipótese a ser trabalhada”.

Com isso, ressalta o problema da vulnerabilidade ambiental e dos fatores que relacionados em seu entorno. Com feito, como explicam Klock e Cambi (2011, p. 31) esta não só “envolve aspectos científicos e técnicos, mas também dados econômicos, psicológicos, sociais e políticos, que podem ser desconsiderados. Aliás, são os fatores socioeconômicos que frequentemente aumentam a vulnerabilidade das populações ameaçadas”. Os autores ainda complementam suas idéias ao explicarem que:

Assim, a vulnerabilidade ambiental está intimamente relacionada com a promoção da justiça social. A globalização acentua tais vulnerabilidades, criando maiores desigualdades sociais, porque a informação, a tecnologia e o capital são restritos a poucos e utilizados em detrimento de muitos. Com efeito, os mais pobres e, conseqüentemente, mais vulneráveis participam do processo universalizador mundial com meros expectadores, tornando-se os maiores suportadores de riscos. Portanto, os riscos ambientais aumentam conforme o grau de vulnerabilidade da sociedade-grupo. (KLOCK; CAMBI, 2011, p. 31).

Deve-se, então, num primeiro plano, examinar a viabilidade do desen-

volvimento, evitando a concepção de um crescimento econômico cego e a qualquer custo, privilegiando a busca dos direitos plenos de cidadania para todos, permitindo, desta forma, a valorização da diversidade e da criatividade cultural e reforçando o sentimento e a responsabilidade de todos tanto na vida social, como em relação ao meio ambiente e à natureza.

Por esta razão, a questão ambiental também pode ser estudada pelo prisma das relações humanas e, dentro deste contexto, se transforma num objeto cultural, político e econômico.

Segundo Moraes (1997, p. 75):

O homem é um ser da natureza, que se desenvolve num intercâmbio constante com os elementos desta, que possui necessidades naturais as quais busca suprir mobilizando as capacidades natas sobre os materiais ambientes. A condição humana implica um substrato biológico irredutível, que data de forma inelutável a história dos indivíduos.

Contudo, este relacionamento homem/natureza passa a sofrer alterações significativas à medida que se estabelece o convívio social, se constrói a estrutura da sociedade e, conforme complementa Moraes (1997, pp. 75-76):

[...] a relação dos indivíduos com a maior parte dos recursos naturais, ao normatizar as suas relações entre si. As relações de propriedade, com maior clareza, são um exemplo notável de mecanismos sociais em que alguns garantem seu domínio sob porções de espaço terrestre (e dos recursos aí contidos), vedando a outros a possibilidade de usufruí-los.

Nessa trilha teórica a questão ambiental passa a ser vista sob a ótica de recurso e, como tal, integrante do processo de produção e um dos fatores responsáveis pela organização da sociedade e conseqüente intervenção do Estado.

Nessa perspectiva, deve-se examinar o patrimônio natural no contexto geopolítico, sem deixarmos de esquecer nossa condição de país periférico, de uma história marcada pela colonização, exploração e dilapidação dos recursos naturais.

Essa parece ter sido a sina de toda a América Latina, como explica Moraes (1997, p. 36), pois os países que a compõe:

[...] formaram-se no processo de expansão da 'economia-mundo' européia, onde foram alocados - já na origem - numa função de complementaridade à vida das metrópoles. Com raras exceções o europeu estabeleceu nas terras ibero-americanas um 'sentido da colonização' essencialmente espoliativo, criando 'colônias de exploração' onde o atrativo do assentamento era a existência de recursos naturais valiosos, apropriados num ritmo intensivo. O móvel geral do processo era a transferência de riquezas naturais depositada nas colônias para alimentar a economia metropolitana.

Essas considerações acabam por encontrar amparo nas observações feitas por Arantes (2000, p. 21-22), ao afirmar que no final do século XVIII uma boa parte do planeta já estava envolvida pela economia capitalista e, conforme explica Immanuel Wallerstein (apud ARANTES, 2000, p. 21), as instituições já estavam consolidadas com:

[...] uma divisão axial do trabalho, com significativas transferências de valor excedente das zonas periféricas para as centrais; primazia da recompensa para os que atendiam aos interesses da acumulação interminável de capital; o sistema inter-estados composto pelos chamados Estados Soberanos, que, no entanto, eram restringidos pelas estruturas e pelas regras deste sistema; e a sempre crescente polarização deste sistema-mundo, não apenas econômica mas social e a ponto de se tornar também demográfica.

Dentro desse modelo, o Estado, além de promover a fiscalização e a repressão, deve implementar políticas econômicas e sociais para induzir o conceito de sustentabilidade.

No Brasil, porém, não se pode esquecer que, historicamente, o poder público tem o hábito de não exercer corretamente sua função fiscalizatória, investir mal suas receitas e, ainda, o que é pior, ser reconhecido como um contumaz infrator ambiental, que geralmente promove intervenções equivocadas e causa poluição de todas as ordens, gerando degradação do patrimônio nacional e dificultando a vida das comunidades.

De outro lado, o ser humano só toma consciência e dá importância aos bens naturais quando estes lhe faltam. Porém, temos que ampliar a visão sobre o problema, para poder tentar amenizar a escassez de tais bens num futuro próximo.

Como explica Beck (1999, p. 42) a crise ecológica global levou ao surgimento do termo *desenvolvimento sustentado* agora cabe testar a possibilidade de uma experiência política aos “atores sociais em todos os campos da temática social (desde o consumo e da produção até a arquitetura, a política comunitária ou a de transportes), e em qualquer parte do mundo: a globalização ecológica”.

Portanto, a visão deve ser de respeito à natureza e ao homem, sendo que este não pode usufruir dos recursos naturais como se os mesmos estivessem à sua disposição única e exclusivamente para o seu consumo.

A natureza não pode ser vista como uma mercearia nos moldes antigos, onde se retiravam os produtos, mediante mera anotação e eventual pagamento futuro, muito menos se apresenta como uma lata de lixo, onde se depositam os resíduos daquilo que não nos interessa mais.

Por isso, como enfatiza Leff (2004, p. 77) o saber ambiental deve “projetar-se para o infinito do impensado - do por pensar -, reconstituindo identidades diferenciadas em vias antagônicas de reapropriação do mundo. A complexidade ambiental implica um reposicionamento do ser através do saber”. E esta ideia ainda é explicada da seguinte maneira:

A complexidade ambiental é um processo de hibridações ônticas, ontológicas e epistemológicas; é a emergência de um pensamento complexo que aprende um real em vias de complexização. O ambiente é objetividade e subjetividade, exterioridade e internalidade, falta em ser e falta em saber, que não acumula nenhum conhecimento objetivo, nenhum método sistêmico e nenhum saber totalitário. (ENRIQUE LEFF, 2003, p. 59)

Com isso, devemos ter a consciência de que só seremos “preservados” como espécie, se preservamos as demais espécies, as quais fazem parte do ciclo da vida e também têm direito à sobrevivência.

Diante do colocado, deve-se superar a visão de associação de *desenvolvimento sustentável* àquela fase primeira em que o Norte clamava por proteção ambiental em decorrência da poluição originada pelo crescimento industrial e o Sul bradava que sua miséria só poderia ser superada com o desenvolvimento industrial.

Também não podemos nos deixar levar pelo debate, sempre intenso e caloroso, entre os *neo-malthusianos*, que acreditam que a explosão demográfica levará aos esgotamentos dos recursos naturais e os *cornucopianos*, que valorizam a natureza em termos da sua utilidade em favor dos seres humanos, eis que o capitalismo possui condições de garantir abundância e bem-estar a todos, em razão do crescimento econômico e do progresso tecnológico.

Enfim, na atualidade, não se pode mais viver em uma atmosfera de gerenciamento do risco. As questões ambientais não podem ser lidas sob a batuta do cientificismo em favor do capitalismo vigente, mas como fruto da relação homem-natureza articulada nos âmbitos cultural, biológico, histórico, social, econômico e político.

Com isso, busca-se minorar os conflitos socioambientais, evitando-se a apropriação desmensurada e desigual da natureza pelo modelo capitalista, orientando, assim, uma nova racionalidade, que promova a cidadania ambiental, por meio de um diálogo de saberes, no qual se assegure os valores e as identidades culturais e étnicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo se propôs a examinar o conceito de desenvolvimento ambiental a partir da relação homem/natureza no mundo moderno. Assim, iniciamos examinado o pensar de Bacon e a sua contribuição para que a natureza pudesse não só servir ao homem, mas depois ser a mola propulsora da Revolução Industrial.

Na sequência ocupou-se do fenômeno da globalização e de como este permitiu que além da natureza já dominada, fosse o homem, também, locupletado, seja pela redução do Estado que deixou de promover investimentos sociais, para permitir que o avanço do capitalismo, seja pelo atrelamento do capitalismo

ao crescimento tecnológico, como meio de produção e maior degradação do meio ambiente, para vender a imagem de que o consumo de mercadoria teria a capacidade de integrar os povos, num mundo sem fronteiras de qualquer espécie.

Por fim, nos dedicamos a examinar a proposta de sociedade de risco e o conceito de *desenvolvimento sustentável*. Destacamos que ao falar de globalização surge a temática da sociedade de risco, sendo que os problemas ambientais passam com isto a ser encarados como globais e não locais, pois a complexidade dos problemas atinge uma massa de pessoas que por vezes não contribuíram para a origem do problema, mas são atingidas pelas consequências.

Vimos que a evolução tecnológica, a globalização e as crises atuais ressaltam as potencialidades e as limitações planetárias e que o conceito de desenvolvimento sustentável só se efetivará com mudança de comportamento para garantia da sustentabilidade.

Assim, o conceito de desenvolvimento sustentável se apresenta, por ora, como frágil e poroso, podendo significar muito ou pouco dependendo do olhar empregado.

Ademais, se é certo que o princípio da sustentabilidade ressalta do Texto Constitucional vigente, em uma interpretação que engloba os artigos 170 e 225 e seus incisos e os artigos 1º e 4º da Lei de Política Nacional de Meio Ambiente, (Lei nº. 6.938/81), a sua efetividade só é possível pela ideia de desenvolvimento sustentável como pretensão de produzir harmonia entre os vários povos. Por isso, deve-se pautar por mudar a relação homem-natureza, que não pode ser de domínio, mas de convívio e interação.

Desta maneira, somente o pensamento e as atitudes que reflitam a realidade de que somos apenas uma parte do todo e que dependemos dos demais elementos do ciclo da vida, garantirá os recursos necessários à manutenção das gerações futuras e, por ser assim, nem a natureza, nem o homem podem ser apropriados por modelos econômicos de qualquer ordem, sob pena de sucumbirem.

REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello de A.; BEZERRA, Gustavo das Neves. *O que é justiça ambiental*. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

ARANTES, Eduardo. Esquerda e Direita no Espelho das ONGs. *In* CADERNOS ABONG. *ONGs identidade e desafios atuais*. São Paulo: Autores Associados, n. 27. maio 2000.

BAUMAN, Zygmunt. *Capitalismo Parasitário*. Tradução Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

_____. *Globalização – as consequências humanas*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco – Rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

_____. *O que é Globalização? Equívocos do globalismo – Respostas à Globalização*. São Paulo: Terra e Paz, 1999.

BUARQUE, Cristovam. Primeiras Intervenções. In NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do; VIANNA, João Nildo. *Dilemas e desafios do desenvolvimento sustentável no Brasil*. Rio de Janeiro: Garamond, 2007.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*. Tradução Newton Roberval Eicheberg. São Paulo: Cultrix, 1996.

HÖEFEL, João Luiz. *Valores e significados: a reflexão de Arne Naess sobre questões ambientais*. Maio 1999. Tese (Doutorado em Ciências Sociais). Universidade Estadual de Campinas, Campinas.

KLOCK, Andréa Bulgakov; CAMBI, Eduardo. Vulnerabilidade socioambiental. In MILLARÉ, Edis; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Fundamentos do Direito Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 29-38. (Coleções doutrinas essenciais; v. 1).

LEFF, Enrique. *Racionalidade Ambiental – a reapropriação social da natureza*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

_____. *Epistemologia Ambiental*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2006a.

_____. *Aventuras da epistemologia Ambiental – Da articulação das ciências ao diálogo de saberes*. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

_____. Pensar a complexidade ambiental. In LEFF, Enrique (org.). *A Complexidade ambiental*. São Paulo: Cortez, 2003.

LOCKE, John. In WEFFORT, Francisco (org.) *Os Clássicos da Política*. 13. ed.. São Paulo : Ed. Atica, 2004, vol.1.

MARICONDA, Pablo Rubén. O controle da natureza e as origens da dicotomia entre fato e valor. *Sci. stud.*, São Paulo, v. 4, n. 3, Sept. 2006, pp. 453-472. Available from: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-31662006000300006&lng=en&nrm=iso. Acessado em: 12.09.2012. <http://dx.doi.org/10.1590/S1678-31662006000300006>.

MORAES, Antonio Carlos Robert. *Meio ambiente e ciências humanas*. 2. ed., São Paulo: Hucitec, 1997.

RELATÓRIO DO DESENVOLVIMENTO HUMANO DE 2006 - *A água para lá da escassez: poder, pobreza e a crise mundial da água*. Trad. da edição portuguesa do Instituto Português de Apoio ao Desenvolvimento (IPAD). New York: Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2006.

SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2000.

_____. Primeiras Intervenções. In NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do; VIANNA, João Nildo. *Dilemas e desafios do desenvolvimento sustentável no Brasil*. Rio de Janeiro: Garamond, 2007.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. Os processos da Globalização. In SOUSA SANTOS, Boaventura de (Org.) *A Globalização e as Ciências Sociais*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

_____. *O Fórum Social Mundial – Manual de uso*. São Paulo: Cortez, 2005.

SOUZA, José Fernando Vidal de. Notas para a construção da nova consciência ambiental no Brasil. In BOCHENEK, Antônio César; TAVARES NETO José Querino e MEZZAROBBA, Orides (Orgs). *Diálogos entre Culturas - Direito a ter Direito*. Curitiba: Juruá, 2010.

_____. *Água: fator de desenvolvimento e limitador de empreendimento*. São Paulo: Editora Modelo, 2011.

SOUZA, José Fernando Vidal de; DUTRA, Tônia Andrea Horbatiuk. Alteridade e ecocidadania: uma ética a partir do limite na interface entre Bauman e Lévinas. *Cadernos de Direito*. Piracicaba: Editora Unimep, vol. 11, nº. 20, jan-jun, 2011, p. 7-22.

VEIGA, José Eli da. *Desenvolvimento sustentável – o desafio do século XXI*. 3. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

4

MARCAS VERDES – HÁ OU NÃO HÁ PROTEÇÃO PARA ELAS?

MAITÊ CECILIA FABBRI MORO

Doutora em Direito (PUC/SP). Professora Permanente do Programa de Mestrado em Direito da UNINOVE. Advogada e consultora jurídica.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A identificação da empresa. 3. A proteção das marcas no Brasil. 4. As marcas verdes. 5. O recurso às marcas de certificação. 6. Passando-se por uma marca verde - o Greenwashing. Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO

Não há mais espaço para as empresas que somente visam o lucro, a todo e qualquer custo. Não há mais espaço para empresas que buscam somente consumir os recursos naturais, sem se preocupar com como o fazem e se são ou tendem à escassez. Conduzidas pelos debates e acordos internacionais refletindo preocupações em relação ao desenvolvimento e ao meio ambiente, as empresas deixaram de ver exclusivamente seus interesses, para também observar os interesses da sociedade como um todo. Mais do que isso, cobra-se das empresas responsabilidade corporativa e também social.

Como lembra José Renato Nalini²¹⁹, ao lado dos temas da responsabilidade corporativa e da responsabilidade social, “*a sustentabilidade ganhou espaço no cenário geral de atuação das empresas*”. Sustentabilidade no sentido de se observar o uso dos recursos naturais e ambientais de forma consciente e equilibrada, com a preocupação de conservá-los para que permaneçam para as próximas gerações. Ainda conforme o mencionado autor, “[*u*]ma concepção adequada de sustentabilidade leva em conta os dois aspectos: obter lucro e disseminar boas práticas”²²⁰.

Assim como os empresários, os consumidores também estão conscientes dessa situação e, conseqüentemente, acabam por observar e cobrar ações sustentáveis dos empresários, ações que respeitem o meio ambiente. Não se pode duvidar que “[*s*]ustentabilidade entrou na agenda empresarial e dela não mais

²¹⁹ José Roberto Nalini. Sustentabilidade e ética empresarial. In: *Empresa, Sustentabilidade e Funcionalização do Direito*. SILVEIRA, Vladimir Oliveira da (coord.) São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.(Col. Justiça, Empresa e Sustentabilidade; v.2). p. 123.

²²⁰ José Roberto Nalini. *Op. cit.* p. 128.

sairá. *Seja por autoconvencimento, fruto de uma consciência reta, seja por exigência do próprio consumidor*”, reforça Nalini²²¹.

Com a sociedade mais consciente e o consumidor mais alerta, as empresas passaram a ver a postura responsável e sustentável como uma vantagem competitiva frente a seus concorrentes. A este respeito comentam Walter Menezes e Thiago Nogueira “[a] partir daí a sustentabilidade se incorpora inclusive como um mecanismo que passa a personificar algumas empresas com um status e distinção especial; a empresa além de fornecedora de bens e serviços passa a ser também aliada da sociedade, e a fazer disso um instrumento de fortalecimento da imagem e, subsequentemente, da marca, para atrair os consumidores para seus produtos”²²².

Essa valorização da imagem da empresa que se baseia nos princípios e ideias da responsabilidade social e sustentabilidade reflete, portanto, em uma valorização da empresa e, conseqüentemente, de seus sinais distintivos.

Pretende-se neste artigo refletir um pouco acerca das tão faladas “marcas verdes”, que se tornaram muito valorizadas pelos consumidores e, conseqüentemente, pelas próprias empresas.

1. A IDENTIFICAÇÃO DA EMPRESA

As empresas se identificam no mercado por meio de sinais distintivos. Os sinais distintivos, nos ensinamentos dos renomados doutrinadores franceses, Albert Chavanne e Jean-Jacques Burst, “são os meios fonéticos ou visuais que permitem à clientela reconhecer os produtos, serviços ou estabelecimentos que ela procura e de os distinguir dos produtos, serviços ou estabelecimentos similares”²²³.

Os sinais distintivos mais conhecidos são os nomes empresariais e as marcas²²⁴. De forma bem genérica, o nome empresarial tecnicamente identifica o empresário, enquanto que a marca, o produto ou serviço prestado.

Os sinais distintivos das empresas têm proteção garantida em nossa Constituição Federal (art. 5º, inc. XXIX). As marcas encontram proteção infraconstitucional na Lei 9.279/96, já os nomes empresariais têm suas regras basicamente no Código Civil (arts. 1153 a 1168, Lei 10.406/02) e também na Lei

²²¹ José Roberto Nalini. *Op. cit.* p. 128.

²²² Direito Internacional, empresa e sustentabilidade. In: *Empresa, Sustentabilidade e Funcionalização do Direito*. SILVEIRA, Vladimir Oliveira da (coord.) São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011 (Col. Justiça, Empresa e Sustentabilidade; v.2). p. 355.

²²³ Albert Chavanne e Jean-Jacques Burst. *Droit de la Propriété Industrielle*. Sed. Paris, Dalloz, 1998. p.471. Tradução livre do original : “sont les moyens phonétiques ou visuels qui permettent à la clientèle de reconnaître les produits, les services ou les établissements qu’elle recherche et de les distinguer des produits, des services ou des établissements similaires”.

²²⁴ Mas também há no Brasil proteção reconhecida para indicações geográficas, sem falar nos títulos de estabelecimento e nos nomes de domínio.

8.934/94 e Dec. 1800/96.

Se em meados do século XX os nomes empresariais eram mais importantes e referência para os consumidores, pois os negócios eram mais locais e seus donos conhecidos, com a globalização, o crescimento exacerbado das empresas e uma maior ênfase no conhecimento dos produtos, fez com que se desse maior importância às marcas.

Nuno Pires de Carvalho²²⁵ constata no mesmo sentido, ao analisar as perspectivas em relação às marcas. Afirma ele: “*as marcas continuarão se distanciando dos nomes de empresa, pois cada vez menos indicarão a origem dos produtos e serviços que designam. São as marcas que correspondem ao mundo em que vivemos, um mundo de fabricantes, sem rosto*”.

Não se quer de forma alguma aqui dizer que o nome empresarial não tenha importância e tampouco que a marca deva “valer” mais juridicamente do que o nome empresarial, pois ambos são sinais que identificam e diferenciam os empresários e seus produtos e serviços no mercado e exercem papel importante. Somente, visa-se aqui constatar a importância das marcas para a empresa nos dias atuais e, pois, que a elas dedicaremos esta reflexão.

2. A PROTEÇÃO DAS MARCAS NO BRASIL

A legislação brasileira de propriedade industrial, Lei 9.279/96, é onde encontramos a regulamentação para a proteção das marcas no Brasil. Em seu art. 122, a lei define como passíveis de registro de marca no Brasil “*os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais*”. Constitui uma definição negativa, que remete a outros dispositivos legais para compreender a amplitude da proteção concedida a uma marca registrada.

O registro de uma marca é conferido pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial, o INPI, uma autarquia federal ligada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, com sede no Rio de Janeiro e delegacias espalhadas por todas as capitais brasileiras.

O registro de marca é concedido após procedimento administrativo em que se analisam os requisitos de validade estabelecidos em lei. Superada a fase de análise e concedido o registro, garante este exclusividade de uso do sinal a seu titular, em todo território nacional, para assinalar os produtos e serviços indicados no depósito. Arelado ao direito de uso exclusivo da marca registrada está o direito de proibir o uso por terceiros do sinal de que se é proprietár, como lembram Bertone e Cabanellas: “*el eje del derecho concedido al titular de una marca es el jus prohibendi respecto del uso de ese signo por terceros*”²²⁶.

²²⁵ Nuno Pires de Carvalho. *A estrutura dos sistemas de patentes e de marcas* – Passado, Presente e Futuro. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009. pp. 633 -634.

²²⁶ Luis Eduardo Bertone e Guillermo Cabanellas de las Cuevas. *Derecho de Marcas*. 2ed. atual., rev. e ampl. Buenos Aires: Heliasta, 2003. vol. I. p. 33.

Nesse sentido o art. 129, da Lei 9.279/96:

Art. 129. A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148.

Note-se que, ao final do texto do art. 129, o legislador fez ressalva em relação às marcas coletivas e de certificação. A legislação brasileira atual reconhece e protege três tipos de marcas, as quais se encontram relacionadas no art. 123: as marcas de produto ou serviço; as marcas de certificação e as marcas coletivas. As marcas de produtos ou serviços, por constituírem a grande e esmagadora maioria das marcas registradas, acabam por ser as mais utilizadas e estudadas.

As marcas coletivas e de certificação, por sua vez, possuem regulamentação específica no atual diploma legal e não eram protegidas como marcas na legislação anterior. A marca de certificação é, nos dizeres da própria lei, “aquela usada para atestar a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações técnicas, notadamente quanto à qualidade, natureza, material utilizado e metodologia empregada” e a marca coletiva é definida como aquela que “identifica produtos ou serviços provindos de membros de uma determinada entidade, a qual regulamentará sua utilização”.

Neste momento trataremos das marcas de produto e serviço, e, mais adiante, abordaremos o tema das marcas de certificação, que também interessam para o tema aqui proposto.

Além dos três tipos de marca, o INPI, de acordo com os preceitos legais, aceita quatro formas de apresentação de marcas para registro: marcas nominativas ou verbais; marcas figurativas; marcas mistas (que mesclam elementos nominativos e figurativos) e marcas tridimensionais.

Quanto às exigências para a obtenção de um registro, podem-se classificar em três as condições de validade observadas pelo INPI: distintividade, disponibilidade e licitude.

É a distintividade imprescindível para que um sinal seja registrado como marca, constitui a capacidade que o sinal tem de identificar e distinguir o produto ou serviço que ele assinalará. Este requisito fica bem caracterizado pelo inciso VI, do art. 124, que reza:

Art. 124 – Não são registráveis como marca:

VI – sinal de caráter genérico, necessário, comum, vulgar ou simplesmente descritivo, quando tiver relação com o produto ou serviço a distinguir, ou aquele empregado comumente para designar uma característica do produto ou serviço, quanto à natureza, nacionalidade, peso, valor, qualidade e época de produção ou de prestação de serviço, salvo quando revestidos de suficiente forma distintiva.

A disponibilidade, por sua vez, diz respeito a não apropriação por um terceiro de sinal que seja idêntico, semelhante ou afim em relação a sinal que já constitua marca de alguém para assinalar os mesmos ou semelhantes produtos e/ou serviços.

O inciso XIX do artigo 124 da LPI estabelece que:

Art. 124 – Não são registráveis como marca: (...)

XIX – reprodução ou imitação, no todo ou em parte, ainda que com acréscimo, de marca alheia registrada, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia;

Por fim, um sinal para ser marca não pode ser considerado ilícito, conforme os preceitos legais, sendo sua razão decorrente da moral social ou comercial ou, ainda, um motivo de ordem pública.

Em obra de nossa autoria mencionamos que *“A ilicitude no direito das marcas pode-se dar em função de três aspectos, quais sejam: a) ilicitude do signo em função da ordem pública; b) ilicitude do signo em função de sua contrariedade à moral e aos bons costumes; c) ilicitude do signo em função de seu caráter enganoso. Esta última divide-se em falsa indicação de proveniência e falsa indicação de qualidade ou de recompensa.”*²²⁷

Interessante notar que a Lei 9.279/96, ora em vigor, em seu artigo 124, inc. X, impede o registro de *“sinal que induza à falsa indicação quanto à origem, procedência, natureza, qualidade ou utilidade do produto ou serviço a que a marca se destina”*.

Conforme o exposto acima, o que se observa é que o registro protege juridicamente a distintividade do sinal, ou seja, protege a capacidade de distinguir um produto ou serviço do sinal escolhido como marca. E, distinguir, sem dúvida é a função primordial da marca.

Entretanto, a função distintiva não é a única função exercida pelas marcas de produtos e serviços e nem todas são juridicamente protegidas.

Por exemplo, as marcas exercem para os consumidores uma função de indicação de qualidade, afinal quando se quer comprar um produto de uma marca específica, quer-se e espera-se uma determinada qualidade, pouco importa se boa ou ruim.

O consumidor afere a qualidade após o consumo do produto no qual é aposta a marca (ou após o consumo de outro produto que tenha aposta a mesma marca e, para o qual, as pessoas esperam minimamente encontrar qualidade similar) ou pode ainda vislumbrar sua qualidade por meio de publicidade ou da fama que o produto tenha.

Constitui a qualidade de um produto ou serviço uma característica bas-

²²⁷ Maitê Cecilia Fabbri Moro. *Direito de Marcas – Abordagem das marcas notórias na Lei 9.279/96 e nos acordos internacionais*. São Paulo, RT, 2003. p 61.

tante subjetiva. Ela é, a princípio, atribuída ao produto ou serviço (e não necessariamente à marca), mas reflete diretamente na imagem e nos valores que se criam para a marca. Tanto que, após um tempo de uso e conhecimento da marca pelo público, o sinal marcário acaba por incorporar essas qualidades e valores que foram atribuídos aos produtos. Entretanto, como lembra Guglielmetti, o titular não fica atrelado eternamente à qualidade do produto pelo que ficou conhecido, podendo alterá-la no momento que quiser. Ao tratar desta função, resume o mencionado autor: “*Essa si riduce, pertanto, ad una garanzia meramente di fatto, non tutelata giuridicamente, tanto è vero che nulla vieta al titolare di un marchio di vendere sotto lo stesso segno prodotti di qualità diversa o di mutare nel tempo, eventualmente anche in peggio, la qualità del prodotto venduto lasciando inalterato il marchio*”²²⁸. Em outras palavras, se o titular alterar a qualidade de seu produto, em nada macula o registro de sua marca perante o INPI. O impacto que ele poderá ter e terá, certamente, consciência disso, será na aceitação do produto pelo consumidor.

Marie-Angèle Pérot-Morel resume na seguinte passagem, dizendo que a marca é “*une solution de facilité en même temps qu’une certaine garantie. Elle supprime le risque d’un choix hasardeux. Le consommateur sait qu’il retrouvera sous la marque connue, une qualité qui, en fonction du prix, lui a déjà donné satisfaction*”²²⁹.

Uma outra função que a marca exerce, sendo por alguns autores debatida e considerada no campo jurídico, mas que não é diretamente protegida, consiste na função publicitária da marca.

A publicidade eficiente geralmente é realizada em pouco tempo ou pouco espaço. O publicitário deve ser criativo e passar o máximo de informações recomendando, enaltecendo as características e qualidades dos produtos ou serviços que desejam recomendar. A marca, por sua vez, é um elemento que acumula uma série de informações e valores, o que a torna elemento indispensável para a publicidade. Pode-se dizer que a relação entre a publicidade e a marca é uma relação quase que de dependência, pois a marca se utiliza da publicidade para ser conhecida e a publicidade se usa da marca para transmitir mais informações. Paul Mathély²³⁰ renomado autor francês, já ressaltava a relação de dependência que a publicidade tem com a marca “*la marque est le support indispensable de la publicité*”.

A publicidade tem uma capacidade incrível de transformar, em pouco tempo, uma marca desconhecida em uma marca famosa. A eficiência dos atuais meios de comunicação, cada vez mais modernos e presentes no nosso dia a dia,

²²⁸ Giannantonio Guglielmetti. *Il Marchio Celebre o “de Haute Renommée”*. Milano, Giuffrè Editore (Col. Studi di Diritto Industriale raccolti da Remo Franceschelli), 1977.p.187.

²²⁹ Marie-Angèle Pérot-Morel. *L’extension de la protection des marques notoires. Revue Trimestrel du Droit Commercial*, vol. 19,1966. p. 11.

²³⁰ Paul Mathély. *Le Nouveau Droit Français des Marques*. Paris, Editions J. N. A., 1994. p. 13.

irrigam com uma rapidez quase que imediata o mercado com novos produtos e marcas. E este conhecimento alcançado impacta diretamente no valor econômico da marca.

A publicidade, além de ajudar a vender o produto ou serviço anunciado, colabora enormemente para criar a imagem e enraizar os valores da marca que os assinala. Como já tivemos oportunidade de mencionar a publicidade “[a]lém da imagem formada, cria-se uma sensação de proximidade por conhecimento da marca. Conseqüentemente, a imagem criada pela publicidade, inculcada na mente dos consumidores, fará com que, em ocorrendo dúvida entre produtos similares, seja escolhido aquele que se ‘conhece’, que é ‘familiar’. Tem-se então a marca, na lembrança de Pérot-Morel, como uma ‘solution de facilité’ para o consumidor que não tem tempo de raciocinar diante da grande quantidade de produtos idênticos.”²³¹.

O impacto da publicidade no campo marcário, portanto, não é pouco e tampouco desprezível.

3. AS MARCAS VERDES

No mundo corporativo tem-se falado muito em “marcas verdes”. Não há um conceito único do que seja uma marca verde. Mas, pode-se dizer que são denominadas “marcas verdes”, as marcas que de alguma forma estejam atreladas com ideais de preservação ambiental e de sustentabilidade. São marcas que demonstram serem preocupadas ou são percebidas como preocupadas com o desenvolvimento ambientalmente saudável e sustentável.

Tamanha a difusão das ditas marcas verdes que já existe até um ranking das melhores marcas verdes globais²³². Segundo as informações da pesquisa, que verificou a percepção dessas marcas pelo público e também as efetivas ações das empresas para terem um produto ou serviço verde assinalado com a marca verde. A pesquisa de 2012 revelou as seguintes marcas nos primeiros lugares: 1º) Toyota; 2º) Johnson & Johnson; 3º) Honda; 4º) Volkswagen; 5º) Hewlett-Packard; 6º) Panasonic; 7º) Dell; 8º) Siemens; 9º) Danone, e em 10º) BMW. A lista completa tem 50 marcas com incidência global listadas.

Interessante notar nesse ranking é que empresas que atuam em setores que são sabidamente poluidoras do meio ambiente (ex: setor automobilístico) têm forte presença na lista. Provavelmente porque há uma maior preocupação nas empresas desses setores em fazer e mostrar que atitudes ambientalmente corretas são tomadas.

Atualmente há mais simpatia, especialmente em países mais desenvolvidos, por marcas que estejam de acordo com políticas sustentáveis, marcas

²³¹ Maitê C. F. Moro, *Op.cit.* p. 44

²³² Pesquisa realizada pela Interbrand e cujos resultados se encontram no site www.bestglobalgreenbrands.com.

que tenham em seu rol de valores, valores sustentáveis e ambientalmente corretos. Esses valores, pelas necessidades globais, são mais valorizados por todos e conseqüentemente terminam por imprimir maior valor à marca que se enquadre como uma marca verde. Esse maior valor termina por refletir diretamente no valor monetário da marca. Entretanto, fica a dúvida se haveria alguma proteção jurídica específica ou uma proteção especial para esse tipo de marcas e, em havendo, qual seria esta.

Tendo-se por base as marcas da lista de marcas verdes citadas no ranking, tais como TOYOTA e JOHNSON & JOHNSON, não se pode dizer que elas tenham qualquer proteção específica por serem verdes. Como marcas de produtos que são, a proteção é da distintividade do sinal em relação aos produtos que ela assinala. Esta é a proteção que o registro de marca assegura no plano jurídico e não interessa o quanto ela é verde, ou não.

Ademais, como visto acima, apesar da marca exercer a função de indicação de qualidade, e nesse caso, ser uma marca verde é uma qualidade, não tem proteção jurídica específica para este aspecto. Deixe-se bem claro aqui que a marca TOYOTA e JOHNSON & JOHNSON tem plena proteção jurídica, podendo ser inclusive consideradas notórias. O que o registro no INPI não protege é a qualidade sustentável e ambientalmente correta que essas marcas transmitem à sociedade. Nesse sentido, caso não fosse TOYOTA uma marca sustentável e ela estivesse sendo vendida no mercado como uma marca sustentável, não é este um problema alcançado pela legislação marcária (Lei 9.279/96). O uso da marca só é alcançado pelo INPI, quando ele for inexistente, momento em que poderá se pedir caducidade do registro e seu titular perdê-lo caso não se constate o uso (conforme art. 142 e ss. da LPI).

O INPI não confere se as qualidades e características inculcadas nas marcas de produtos e serviços pela publicidade, informações e pelo uso dos produtos, são corretas e condizem com a realidade. Ao INPI cabe avaliar o sinal. O INPI avalia se o sinal é suficientemente distintivo em relação ao produto ou serviço e não a qualidade do produto em que será apostado o pretendido sinal. Ao INPI não cabe conferir se a marca tem uma qualidade “Z” e sua percepção pelo público é diversa. É certo que a lei fala em seu artigo 124, inc. X, que não é registrável o “*sinal que induza à falsa indicação quanto à (...) qualidade ou utilidade do produto ou serviço a que a marca se destina*”. Mas observe-se bem que a lei é clara, é o sinal que induza falsa indicação de qualidade, e não à marca que induza uma falsa expressão de qualidade. Ademais, não há como o INPI fazer uma análise de fundo para ver se essa marca realmente tem a qualidade que divulga ter. A análise do INPI restringe-se ao sinal, expressão que é solicitada no depósito para registro e proteção.

Refletindo acerca do artigo 124, inc. X, fica ainda a questão: E quando a expressão a ser registrada tem conotação “verde”, deve se pronunciar o INPI em relação à qualidade do produto ou serviço que será por ela identificado ou não?

Esta realmente é uma questão delicada e que pode gerar dúvida frente à leitura do artigo, mas o INPI não tem meios para avaliar esta qualidade no produto ou serviço assinalado. Da mesma forma que o INPI não avalia a qualidade da marca, cujo sinal em si não possui nenhuma conotação ecológica ou sustentável, tampouco poderá avaliar se o produto assinalado por um sinal que evoque sustentabilidade tem ou não essa qualidade. Listar setores que não seriam sustentáveis seria uma ideia, mas, como constatado acima, as marcas “verdes” mais conhecidas estão justamente nos setores “menos” que não são sustentáveis por natureza e, talvez, por isso mesmo se destaquem tanto.

O que se vê o INPI fazendo é não concedendo exclusividade de uso para termos como “sustentável”, já que se trata de um termo de uso comum ou necessário; ou então aceitando como marca sinais como “ECO”, que, não se pode deixar de mencionar, é uma abreviação que pode ter diversos significados (não só ligado à ecologia). Neste caso, especificamente, o que se vê é o INPI indeferindo com base em registro anterior de terceiros (falta de disponibilidade do sinal).

4. O RECURSO ÀS MARCAS DE CERTIFICAÇÃO

Como visto acima, a Lei 9.279/96 estabelece três tipos de marcas, dos quais a mais conhecida e utilizada é a marca de produto ou serviço (analisada no item anterior). Dentre os dois outros tipos, acolhe a legislação pátria a marca de certificação em seu Art. 123 inc. II.

As marcas de certificação também podem ser chamadas de marcas de garantia, pois elas garantem que os produtos ou serviços que elas identificam se encontram conforme as regras e padrões estabelecidos pelo titular da marca de certificação. Apesar de na prática existirem marcas que certificavam e avalizavam produtos e serviços antes da data de publicação da LPI, este tipo de marca não era previsto e protegido pela Lei 5.772/71, revogada em 1996 com a promulgação da LPI.

É de se notar que as marcas de certificação em nenhum momento se substituem às marcas de produto e serviços. Pelo contrário, as marcas de certificação são utilizadas juntamente com as marcas de produtos e serviços, sendo seus titulares diversos.

O titular de uma marca de produto ou serviço, conforme a legislação brasileira, deve comprovar exercício efetivo e lícito da atividade relativa aos produtos ou serviços assinalados (conforme o art. 128 da LPI), enquanto que ao contrário, ao titular de marca de certificação é vedada qualquer relação com a atividade, assim poderá ter credibilidade e isenção para aferir a qualidade dos produtos e serviços dos diversos concorrentes.

De acordo com o art. 148 da LPI, o pedido de marca de certificação deverá conter: a) as características do produto ou serviço objeto de certificação; e, b) as medidas de controle que serão adotadas pelo titular. É, portanto, um pedido

bem mais complexo do que o pedido de marca de produto ou serviço.

As marcas de certificação garantem, portanto, um padrão de qualidade, pré-estabelecido e conhecido. Logo, um terceiro, desvinculado ao negócio, certifica que os produtos ou serviços que tenham apostas estas marcas terão aquele padrão de qualidade por ele definido. Dannemann²³³ corrobora dizendo que “*Desse modo, exercem esses sinais papel institucional de grandes consequências, sobretudo aos olhos do consumidor, que neles depositará confiança*”.

Produtos e serviços também assinalados por uma marca de certificação tem maior valor agregado, tendo em vista a confiança que transmitem aos consumidores. Marcas como ISO, FSC (Forest Stewardship Council), INMETRO, ABIC (Associação Brasileira da Indústria de Café) são marcas de certificação que os titulares de marcas de produtos e serviços, quando cabível, buscam ter, pois inegavelmente valorizam seus produtos ou serviços.

É importante mencionar que não é o INPI que fará a avaliação da qualidade e da adequação do produto ou serviço às regras de certificação apresentadas. Conforme ensina Dannemann²³⁴ “*Não é dever do INPI a inspeção da veracidade e nem a avaliação da eficácia do produto ou serviço de acordo com as especificações definidas no regulamento. Cumpre ao órgão apenas assegurar-se da existência de tais critérios.*”

Esta é a proteção jurídica mais próxima que garante uma qualidade por meio de uma marca.

As marcas de certificação podem garantir que um produto é ou não ecologicamente correto e se adota postura sustentável ou não em seu processo e forma, entretanto, quando se falam nas marcas verdes não se está pensando em selos de certificação como estes, mas em marcas de produtos ou serviços que carregam consigo o valor ecologicamente correto ou de sustentabilidade.

5. PASSANDO-SE POR UMA MARCA VERDE - O *GREENWASHING*

Entretanto, apesar de não ter uma proteção específica para a denominada e valorizada marca verde no âmbito da propriedade industrial, valer-se do valor ecológico, ambientalmente correto e sustentável em publicidade da marca para angariar clientela, quando esta situação não corresponde à realidade, é, sem dúvida, eticamente e juridicamente incorreto e repreensível. O fato de anunciar um produto como sendo ecologicamente e ambientalmente sustentável constitui o que denominamos hoje *greenwashing*.

Karina Muller, em artigo publicado no jornal Valor Econômico definiu e esclareceu o porquê do uso do termo “*Greenwashing*”. Diz ela “*foi inicialmente utilizado em 1986 pelo norte-americano Jay Westerveld. Ao observar as então*

²³³ DANNEMANN, SIEMSEN, BIGLER & IPANEMA MOREIRA. *Comentários à lei da propriedade industrial e correlatos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 302.

²³⁴ *Op. Cit.* p. 302

novas práticas hoteleiras de encorajar o consumidor (hóspede, no caso) a reutilizar as toalhas e lençóis (ao invés de trocá-los diariamente, como se costumava fazer) sob o pretexto de que, com tal atitude, o hóspede estaria ajudando a ‘salvar o meio ambiente’, Westerveld observou que tais práticas nada mais eram do que uma manobra para aumentar os lucros, pois, na realidade, a campanha de reutilização dos lençóis e toalhas era isolada e não havia nenhuma outra política ou ação efetivamente sustentável pelos hotéis. Nos dias atuais, a definição geral de greenwashing segue essa mesma percepção inicial de Westerveld. Melhor traduzido para o vernáculo como ‘lavagem verde’ (ou algo do gênero), pode-se definir greenwashing como aquelas ações de marketing que visam propagar, de forma enganosa, que determinado produto, serviço ou política de uma empresa são ‘verdes’, quer dizer, ecologicamente sustentáveis (environmentally friendly), quando, na realidade, não o são (seja total ou parcialmente).”²³⁵

O empresário pratica *greenwashing* buscando ganhar clientela e mercado vendendo uma imagem e valores ecologicamente corretos e sustentáveis, mas que (infelizmente) não condizem com as práticas e realidade do produto ou da empresa. Dizem-se protetores do meio ambiente, postura social e politicamente correta, mas, a rigor, o que se observa é a prevalência de interesses egoísticos e comerciais.

Constitui a rigor uma publicidade enganosa, eticamente reprovável.

Para a proteção contra essas práticas ilegais e enganosas, temos possibilidade de recorrer a nossa sedimentada legislação, seja à Constituição Federal, ao Código Civil ou ainda ao Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, vale aqui mencionar as regras do CONAR, Conselho Nacional de Autorregulação Publicitária, a este respeito e que tem se mostrado eficazes em relação a esta questão.

O CONAR é uma entidade da sociedade civil e possui o Código Brasileiro de Autorregulação Publicitária, o qual teve revisada suas normas éticas em 2011 para abarcar com maior precisão a utilização indevida de publicidade contendo apelos à sustentabilidade.

O Código classificou a publicidade com apelo sustentável em 3 tipos²³⁶:

²³⁵ Karina Haidar Muller. “Greenwashing, ‘a lavagem verde’”. *Jornal Valor Econômico*, P. E02, de 18.04.2011.

²³⁶ A definição desses tipos encontra-se no caput do Anexo U do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária que em sua regra geral estabelece: “(1) Para os efeitos deste Anexo, entender-se-á por ‘Publicidade da Responsabilidade Socioambiental e da Sustentabilidade’ toda a publicidade que comunica práticas responsáveis e sustentáveis de empresas, suas marcas, produtos e serviços.

(2) Para os efeitos deste Anexo, entender-se-á por “Publicidade para a Responsabilidade Socioambiental e para a Sustentabilidade” toda publicidade que orienta e incentiva a sociedade, a partir de exemplos de práticas responsáveis e sustentáveis de instituições, empresas, suas marcas, produtos e serviços.

(3) Para os efeitos deste Anexo, entender-se-á por “Publicidade de Marketing relacionado a Causas” aquela que comunica a legítima associação de instituições, empresas e/ou marcas, produtos e serviços com causas socioambientais, de iniciativa pública ou particular, e realizada com o propó-

publicidade da responsabilidade socioambiental e da sustentabilidade ; publicidade para a responsabilidade social e para a sustentabilidade e publicidade relacionado a causas. E, para combater as publicidades que não tenham lastro para este apelo sustentável, deu nova redação ao art. 36 do Código de Autorregulamentação Publicitária e incluiu o Anexo U, sobre apelos de sustentabilidade.

Artigo 36

A publicidade deverá refletir as preocupações de toda a humanidade com os problemas relacionados com a qualidade de vida e a proteção do meio ambiente; assim, serão vigorosamente combatidos os anúncios que, direta ou indiretamente, estimulem:

- 1. a poluição do ar, das águas, das matas e dos demais recursos naturais;*
- 2. a poluição do meio ambiente urbano;*
- 3. a depredação da fauna, da flora e dos demais recursos naturais;*
- 4. a poluição visual dos campos e das cidades;*
- 5. a poluição sonora;*
- 6. o desperdício de recursos naturais.*

Parágrafo único

Considerando a crescente utilização de informações e indicativos ambientais na publicidade institucional e de produtos e serviços, serão atendidos os seguintes princípios:

veracidade – *as informações ambientais devem ser verdadeiras e passíveis de verificação e comprovação;*

exatidão – *as informações ambientais devem ser exatas e precisas, não cabendo informações genéricas e vagas;*

pertinência – *as informações ambientais veiculadas devem ter relação com os processos de produção e comercialização dos produtos e serviços anunciados;*

relevância – *o benefício ambiental salientado deverá ser significativo em termos do impacto total do produto e do serviço sobre o meio ambiente, em todo seu ciclo de vida, ou seja, na sua produção, uso e descarte.”*

Após a alteração para abarcar e esclarecer melhor as regras para os casos de publicidade com apelos à sustentabilidade, o CONAR tem aplicado em base constante, com sucesso, o Anexo U em suas decisões²³⁷. Por serem regras bem amplas, talvez, com o tempo, se sinta a necessidade de especificar mais seu uso como foi feito pela Comissão de Comércio Federal dos Estados Unidos (FTC) que, em 1992, como mencionou Karina Muller, “emitiu o ‘Guides for the Use of Environmental Marketing Claims’ (Normas para o Uso de Reivindicações Ambientais em Marketing), mais conhecido como ‘Green Guides’ (Normas Verdes). O Green Guides foi atualizado pelo FTC em 1996 e 1998, e, dentre outras normas, regulamentou o uso de expressões como ‘biodegradável’, ‘reciclável’, ‘ozone safe’ (algo do tipo “não destrói a camada de ozônio”). Também há regras específicas sobre a questão em países como Austrália, Canadá e Noruega.

sito de produzir resultados relevantes, perceptíveis e comprováveis, tanto para o Anunciante como também para a causa socioambiental apoiada.”

²³⁷ As decisões encontram-se no site do CONAR, www.conar.org.br.

CONCLUSÕES

Há uma verdadeira tendência de consumo de produtos e serviços sustentáveis. Nessa linha as empresas almejam fortemente se identificar como sendo empresas “verdes”.

Não há um registro específico no INPI para marcas de produtos e serviços que sejam consideradas “marcas verdes” e nem como a autarquia avaliar produtos ou serviços com vistas a assegurar que são realmente sustentáveis e ambientalmente corretos.

O que há é a possibilidade de alguma empresa ou organismo de certificação ter algum “selo” que certifique e garanta que determinados produtos ou serviços são “verdes”. Nesse caso podem haver marcas de certificação que garantam essa qualidade, mas a garantia não é dada pelo INPI e sim pela certificadora que detém a marca.

Por fim, considerando a grande valorização dos produtos verdes, há muitas empresas que se dizem e se vendem verdes e, a rigor, não o são. Por ser reprovável qualquer atitude que engane o consumidor, além das regras de proteção ao consumidor, o CONAR estabelece regras éticas para combater a publicidade enganosa com apelos de sustentabilidade.

REFERÊNCIAS

- BERTONE, Luis Eduardo; CUEVAS, Guillermo Cabanellas de las. Derecho de Marcas. 2ed. atual., rev. e ampl. Buenos Aires: Heliasta, 2003. vol. I.
- CARVALHO, Nuno Pires de. A estrutura dos sistemas de patentes e de marcas - Passado, Presente e Futuro. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.
- CHAVANNE, Albert ; BURST, Jean-Jacques. *Droit de la Propriété Industrielle*. 5ed. Paris, Dalloz, 1998. p.471.
- DANNEMANN, SIEMSEN, BIGLER & IPANEMA MOREIRA. *Comentários à lei da propriedade industrial e correlatos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- GUGLIELMETTI, Giannantonio. *Il Marchio Celebre o “de Haute Renommée”*. Milano, Giuffrè Editore (Col. Studi di Diritto Industriale raccolti da Remo Franceschelli), 1977.
- MENEZES, Wagner e NOGUEIRA, Thiago R. São Marcos. Direito Internacional, empresa e sustentabilidade. In: Empresa, Sustentabilidade e Funcionalização do Direito.
- SILVEIRA, Vladmir Oliveira da (coord.) São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011 (Col. Justiça, Empresa e Sustentabilidade; v.2).
- MATHÉLY, Paul. *Le Nouveau Droit Français des Marques*. Paris, Editions J. N. A., 1994. 463p.



MORO, Maitê Cecilia Fabbri. *Direito de Marcas – Abordagem das marcas notórias na Lei 9.279/96 e nos acordos internacionais*. São Paulo, RT, 2003.

MULLER, Karina Haidar. “Greenwashing, ‘a lavagem verde’”. *Jornal Valor Econômico*, P. E02, de 18.04.2011.

NALINI, José Roberto. *Sustentabilidade e ética empresarial*. In: *Empresa, Sustentabilidade e Funcionalização do Direito*. SILVEIRA, Vladmir Oliveira da (coord.) São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011. (Col. Justiça, Empresa e Sustentabilidade; v.2). PÉROT-MOREL, Marie-Angèle. *L’extension de la protection des marques notoires*. *Revue Trimestrel du Droit Commercial*, vol. 19,1966.

5

ASSÉDIO EXISTENCIAL NO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO

MARA VIDIGAL DARCANCHY

Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais - Direito do Trabalho pela PUC/SP, especialista em Didática do Ensino Superior e especialista em Direito do Trabalho pela USP, Possui graduação em Direito e licenciatura em Letras. Atualmente é pesquisadora científica e líder de grupos de pesquisa certificados no CNPq, professora universitária da graduação e pós-graduação, consultora jurídica e parecerista, autora, colaboradora e integrante de Conselho Editorial de Revistas Científicas e de Conselho Acadêmico Superior de IES. Avaliadora e supervisora institucional e de cursos superiores do MEC/Inep. Membro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e da Academia Brasileira de Direito Internacional - ABDI.

VIVIANE COELHO DE SÉLLOS KNOERR

Doutora em Direito do Estado, com ênfase em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Direito das Relações Sociais - Direitos Difusos e Coletivos, com ênfase em Direito das Relações de Consumo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo, especialista em Direito Processual Civil pela PUCCAMP. Atualmente é professora e coordenadora do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, pesquisadora científica e líder de grupos de pesquisa certificados no CNPq, Membro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e Membro da Rede Nacional de Direitos Humanos.

SUMÁRIO: 1. Trabalho e cidadania. 2. Conceito de assédio existencial. 3. Materialização do assédio existencial. 4. Do meio ambiente de trabalho. 4.1. Do meio ambiente do trabalho equilibrado. 5. O assédio existencial no meio ambiente de trabalho. 6. Os direitos fundamentais no trabalho nas Declarações da OIT. Conclusão. Referências.

1. TRABALHO E CIDADANIA

Ao longo da história a concepção de trabalho sofreu variações, desde a sua percepção como castigo divino até a valorização atribuída pela sociedade capitalista, onde representa status e possibilidade de acesso aos bens disponíveis.

Sabe-se que o conceito de trabalho deriva da palavra *tripalium*, instrumento romano de tortura, ferro que os romanos usavam para marcar os escravos, uma espécie de tripé formado por três estacas cravadas no chão, onde eram supliciados os escravos.

É possível ainda, numa incursão histórica, revisitar a cidadania como um elo entre os princípios de sobrevivência e os marcos civilizatórios em que o trabalho, no pensamento Aristotélico, era deixado para os “menos cultos”, uma vez que na Grécia antiga, o trabalho não era para os cidadãos, mas sim, para os escravos.

Assim, em todos os primórdios civilizatórios e culturais o termo trabalho esteve sempre associado a tormento, agonia, sofrimento.

Nota-se, entretanto, que a cidadania assume, no contexto contemporâneo, um novo patamar em relação aos objetivos do direito. elevada à categoria de elemento central na relação laboral, ao lado da dignidade e do respeito à pessoa do colaborador e não do lucro através dele obtido, a cidadania representa mais que um dos diferenciais da empresa, representa uma das suas condições de destaque, competitividade e até mesmo permanência no mercado.

2. CONCEITO DE ASSÉDIO EXISTENCIAL

O assédio existencial²³⁸, também chamado de dano ao projeto de vida, é uma espécie de dano imaterial, que de modo parcial ou total atinge a vítima em seu projeto de vida familiar por razões profissionais, ou seja, em razão de uma dedicação excessiva à empresa, o colaborador perde parte de sua vida, de seus contatos sociais, familiares, educacionais e afetivos, no meio ambiente de trabalho.

A vítima deste tipo de assédio fica incapacitada de gerir sua vida particular, por falta de tempo, uma vez que se dedica ao seu trabalho de modo integral, ou em longos horários extraordinários, com ou sem rotinas definidas, o que ocasiona dificuldade posterior de retomada de uma vida normal de contato interpessoal e total inserção social.

O dano existencial, ou seja, o dano à existência da pessoa, portanto, consiste na violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que causa alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas, com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da

²³⁸ O assédio existencial tem sido frequentemente confundido com o assédio moral, em virtude da reduzida doutrina sobre o tema.

lesão possa decorrer.²³⁹

3. MATERIALIZAÇÃO DO ASSÉDIO EXISTENCIAL

O assédio existencial materializa-se na modificação do projeto de vida do colaborador, o qual renuncia involuntariamente ao convívio familiar, deixando de acompanhar o crescimento de seus filhos, o lazer com seu companheiro, as festas e os encontros familiares e sociais, as doenças em família, etc. Renunciando, enfim, às atividades culturais, sociais, religiosas e recreativas, que conforme artigo 1º, II e III da Constituição Federal consubstanciam a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Sabe-se que o termo trabalho provém do latim *tripalium*, um instrumento de tortura usado na Idade Média para tortura dos prisioneiros, numa fase da história da humanidade em que o trabalho era considerado castigo que Deus impusera ao homem.

Contudo, ao longo do tempo através do qual o trabalho inserido nas relações de produção teve sua exploração alterada para uma preservação, e mais recentemente, elevado à condição de dignificação do ser humano, verifica-se que apesar de toda globalização e ainda da existência de empregadores inescrupulosos, os trabalhadores vêm sendo mais respeitados em seus direitos sociais.

Desta forma, o trabalho como valor social, nos termos do inciso IV do art. 1º da Constituição Federal, não pode ser aceito como um sacrifício, repleto de abnegações e exílio da vida social.

Do colaborador não pode ser exigida uma dedicação tão extrema que lhe impeça de ter sua vida fora dos muros da empresa.

Hidemberg Alves da Frota²⁴⁰ subdivide o dano existencial em dois eixos, o dano ao projeto de vida, que afeta o desenvolvimento pessoal, familiar e profissional, influenciando no destino da pessoa, e o dano à vida de relações, que prejudica as relações interpessoais nos mais diversos contextos e ambientes.

4. DO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO

O trabalho visto como fundamento da igualdade e da integridade do trabalhador, defendido na Constituição Federal, nos princípios de proteção ao trabalhador, bem como nas relações entre o Estado, a ordem econômica e o social, estabelece um complexo de normas que deve caracterizar uma posição especial de equilíbrio entre os resultados da empresa e as necessidades individuais dos colaboradores.

²³⁹ ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano existencial - A tutela de dignidade da pessoa humana*. Disponível em: www.mp.sp.gov.br. Acessado em: 27.03.2012.

²⁴⁰ FROTA, Hidemberg Alves da. *Noções fundamentais sobre o dano existencial*. Disponível em: www.ejef.tjmg.jus.br. Acesso em: 25.03.2012.

O meio ambiente do trabalho é o *locus* onde se verifica o exercício das atribuições funcionais nos mais diversos ramos de atividades, presentes na economia como fundamento do mercado destinado à preservação da produção e conseqüentemente dos empregos.

Contudo, vale lembrar que, este meio ambiente deve ser preservado para que a realização das funções laborais possa ser efetivada na justa medida em que se permita a dignidade do colaborador, visto que os traços principais da atual era tecnológica, seu avanços e intensidades têm ampliado as exigências competitivas, para atender o mercado de consumo.

A globalização apresenta aspectos positivos e negativos, como se vislumbra nas palavras de Amauri Mascaro, relativas à Declaração da OIT sobre a justiça social para uma globalização equitativa:

A Declaração de 2008 aponta as duas faces da globalização, a benéfica, na medida em que permite altas taxas de crescimento, criação de empregos e incremento para ampliar o número de produtos e circulação das ideias, e a negativa na medida em que obriga muitos países a enfrentar o problema da desigualdade de rendas, alto níveis de desemprego e pobreza, vulnerabilidade econômicas diante de crises externas e crescimento do trabalho informal.²⁴¹

A Constituição de 1988, em seu art. 225, não limitando a tutela do meio ambiente a apenas um de seus aspectos, tutela a dignidade e o bem-estar para a sadia qualidade de vida.

Art. 225: todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

A tutela constitucional do meio ambiente do trabalho está disposta no inciso VIII do art. 200 da CF/88, *in verbis*:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

(...)

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

O meio ambiente do trabalho é definido por Fiorillo, como:

[...] o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independentemente da condição que ostentem (homens ou mulhe-

²⁴¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito Contemporâneo do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 55.

res, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos, etc.).²⁴²

Amauri Mascaro já apresenta o seguinte conceito, mais amplo:

O meio ambiente do trabalho é o complexo máquina-trabalho: as edificações do estabelecimento, equipamentos de proteção individual, iluminação, conforto térmico, instalações elétricas, condições de salubridade ou insalubridade, de periculosidade ou não, meios de prevenção a fadiga, outras medidas de proteção ao trabalhador, jornadas de trabalho e horas extras, intervalo, descansos, férias, movimentação, armazenagem e manuseio de materiais que formam o conjunto de condições de trabalho, etc.²⁴³

De fato, o trabalho é uma condição da socialização humana, toda forma de ação sobre a natureza no sentido de transformá-la em produto de uso e de troca só pode ser realizado no âmbito social. Pois é na sociedade e com ela que estão fixadas as relações de consumo, de troca, de produção, de modo geral, mesmo que um único indivíduo seja responsável pela produção de algo, em algum momento este processo se dissipa no contexto de uma determinada coletividade.

Logo, o trabalho deve significar para o indivíduo uma fonte de prazer e satisfação pessoal, além da garantia de renda e acesso a manutenção de consumo, sobrevivência, sensação de integração, apoio e engajamento sociais. Trabalhar, portanto, numa situação ideal, significa uma das mais importantes realizações do ser humano.

Essa atividade, por conseguinte, é, em parte, o fundamento da sociabilidade humana, pois em outro grau, os indivíduos permanecem em sua singularidade e podem, em certa medida, decidirem não atuarem com vistas à sua satisfação coletiva. Mas do momento em que o homem decide socializar-se, mantém, inevitavelmente, uma dependência coletiva em relação à natureza. A atividade então se situa como mediadora e pode assumir um estatuto próprio. Mas a atividade não existe por si sem que sejam dadas as condições necessárias, a saber, a natureza e a consciência humana.

O homem, então, vê sua vida ser transformada à medida que transforma o mundo e para isto, serão necessárias ações entre outros homens para que aquilo que faz e constrói tenha um sentido social e coletivo. Com isto, toda a elaboração na criação de objetos que modificam o panorama físico do mundo estabelece uma relação com modelos sociais e econômicos, gerando políticas que regulam a vida dos indivíduos na sua singularidade.

E neste sentido, o trabalho como formação social está intimamente ligado ao meio ambiente, são elementos indissociáveis, sem os quais não pode haver

²⁴² FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*, p. 21.

²⁴³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito Contemporâneo do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 476.

sequer a própria determinação da construção do homem como totalidade. Isto requer de todos aqueles que se debruçam sobre o problema do meio ambiente do trabalho a apreensão e compreensão do fato de que o processo da atividade humana não pode nem deve ser desvinculado da noção de preservação do próprio meio em que consiste o trabalho humano, mesmo que este esteja associado às lógicas do mercado capitalista.

Com isto, o conceito de meio ambiente tem sofrido um processo de alteração na sua concepção original e que se amplia à medida que a consciência social sobre o termo adquire novos contornos, incluindo outros elementos que compõem a formação do mundo da empresa.

4. 1 DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO EQUILIBRADO

A noção de um meio ambiente que seja, em última instância, o próprio meio equilibrado entre os seres vivos e suas relações, o espaço físico e a criação simbólica que neste espaço se processa, passou a ser um mote fundamental para o desenvolvimento de ambientes saudáveis e necessariamente controlados, a fim de garantir, além de tudo, condições para que a qualidade de vida se expresse não somente nos produtos comercializados, mas, sobretudo, na própria existência dos indivíduos que compõem o processo social da produção.

Apesar de, doutrinariamente, se classificar o meio ambiente em diversos aspectos, ele é unitário, e os aspectos em que se apresenta devem ser considerados e respeitados em suas particularidades para a busca do equilíbrio necessário à sadia qualidade de vida.

Assim, pode-se afirmar que o art. 225 da Constituição de 1988 ao dispor que para alcançar uma salutar qualidade de vida o homem necessita viver em ambiente ecologicamente equilibrado, neste incluiu o meio ambiente do trabalho, pois é no habitat laboral que o homem, normalmente, passa a maior parte de sua vida produtiva.

Inserindo-se o meio ambiente do trabalho no meio ambiente geral, torna-se impossível alcançar qualidade de vida sem qualidade de trabalho, em ambiente equilibrado e salubre, nem se pode atingir meio ambiente equilibrado e sustentável ignorando o meio ambiente do trabalho.

Dentro desse espírito a Constituição de 1988 estabeleceu expressamente que a ordem econômica deve observar o princípio de defesa do meio ambiente (art. 170, VI).

O que está em evidência é o direito fundamental à saúde e à vida. Neste sentido, zelar por um ambiente de trabalho sadio e equilibrado é tomar a defesa desses direitos básicos, com a finalidade de preservação e proteção da existência humana – presente e futuras - com qualidade de vida e em condições dignas.

Não basta que seja uma empresa com consciência ecológica, a empresa socialmente responsável é aquela que possui a capacidade de ouvir os interesses

das diferentes partes e chega a incorporá-los ao planejamento de suas atividades, buscando atender às demandas de todos, não apenas dos acionistas e interessados.

Dessa forma, inicialmente, a preocupação ambiental ganha terreno para se inserir no âmbito da empresa, focando de modo mais amplo a sua perspectiva no contexto social, com a consequente responsabilidade social, a saber:

Os princípios basilares do direito ambiental foram erigidos gradualmente; conforme o aumento da consciência ambiental das comunidades e das nações, e pela consequente exigência de cooperação internacional, por conta, principalmente, das graves mudanças e impactos ambientais que se têm acumulado no orbe, notadamente no século vinte.

No âmbito nacional, a preocupação com o meio ambiente do trabalho tem intensificado os esforços no sentido de garantir melhores condições aos trabalhadores, de modo geral, a Constituição Federal promulga que “todos têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida” (Art. 225, caput)

Assim, a Constituição prevê “a proteção do meio ambiente, e no tema que aqui interessa diretamente, a tutela do meio ambiente do trabalho” .

De fato, isto remete à percepção de que em grande medida, o trabalho passa a ser considerado não mais como um elemento formal e econômico, alienado das demais categorias sociais da vida concreta, mas torna-se uma categoria social imprescindível, integrada ao meio social.

E a abrangência dessa concepção revela, substancialmente, que a empresa passa a ter responsabilidade, não apenas pelo ambiente em que se trabalha, mas, notadamente, pela integridade dos seus próprios membros, ou seja, pela pessoa que está no processo produtivo, cuja referência não se dá apenas e tão somente em condições de produção fabril. Hoje, todo ambiente de trabalho merece esse olhar especial.

Nesse sentido, os trabalhadores têm o direito de participação na organização da empresa através de seus representantes. O que, em grande medida, representa um passo decisivo para a organização dos meios de produção e transfere a responsabilidade para o conjunto daqueles que estão envolvidos no processo, pois o produto final de qualquer empresa destina-se ao coletivo, isto é, numa perspectiva social, uma vez que os bens, serviços e as mercadorias têm uma destinação no âmbito da sociedade. É nela que o mundo do mercado se realiza e não em caráter abstrato.

No entanto, é preciso refletir acerca do comportamento da empresa, sua ação precípua no contexto e saber em que medida seu discurso se coaduna com o discurso de uma sociedade cujas demandas estão postas diante de novos paradigmas que estão sendo desenvolvidos na atualidade.

Importante observar que com os novos avanços do mundo moderno o direito à vida vai além da ideia de sobrevivência, alargando-se, ampliando-se, englobando o sentido de vida com qualidade e com interação do homem ao seu

habitat, de maneira dinâmica e com a integração da natureza na vida do homem social, sobretudo nos aspectos relacionados à produção e ao trabalho.

Dentro deste contexto tem-se como clara a harmonia entre o direito ao meio ambiente e o direito à vida.

José Afonso da Silva destaca bem esta simetria quando diz que:

[...] o problema da tutela jurídica do meio ambiente se manifesta a partir do momento em que sua degradação passa a ameaçar, não só o bem-estar, mas a qualidade de vida humana, se não a própria sobrevivência do ser humano.²⁴⁴

Por conseguinte, torna-se inafastável a conclusão no sentido de que o direito ao meio ambiente equilibrado é, sim, direito fundamental, materialmente considerado, uma vez que está inexoravelmente ligado ao direito à vida.

Neste sentido, desprovido de qualquer razoabilidade, e deve de pronto ser afastado, o argumento de que o direito ao meio ambiente saudável não é fundamental, posto que não figura dentre os dispositivos constitucionais destinados aos “Direitos e garantias fundamentais” (Título II da CF/88).

É sabido que os direitos podem ser considerados como formalmente ou materialmente fundamentais, e, quanto a estes últimos, o §2º do art. 5º declara que os direitos fundamentais expressos na Carta Magna “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (...)”. Percebe-se que, nesta previsão, enquadra-se, perfeitamente o direito ao meio ambiente saudável previsto no art. 225 da mesma Lei maior, uma vez que por seu conteúdo, está ligado ao direito à vida, sendo, portanto, indiscutivelmente um direito fundamental.

O meio ambiente tem vários aspectos entre os quais o meio ambiente do trabalho. E é como aspecto integrante do meio ambiente geral que o meio ambiente do trabalho se caracteriza como direito fundamental, aplicando-se a este todos os argumentos acima expendidos, posto que, por consequência é indispensável para o alcance do direito à vida com qualidade e dignidade.

É no ambiente do trabalho que o homem passa a maior parte de sua vida produtiva. É onde desprende sua capacidade física e mental. Interferindo este ambiente, diretamente, em suas mudanças comportamentais – emocionais podendo, em sua maioria, atingir seu núcleo familiar.

Desta forma a proteção do meio ambiente do trabalho é etapa indispensável para o equilíbrio do meio ambiente geral.

Importante frisar que não se trata somente de contemplar uma ação positiva por parte das empresas. A manutenção do meio ambiente do trabalho passa a compor uma tarefa conjunta entre todos os agentes do processo social do trabalho.

É de fácil percepção que a visão atual do ambiente de trabalho contempla em primeiro lugar o homem, o operador, para só depois ajustar as máquinas,

²⁴⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 27. ed. - São Paulo: Malheiros, 2006, p. 81.

as ferramentas, as rotinas de trabalho, as cadências e tudo que está em volta, numa exigência contínua de dignificação das condições de trabalho.

A Constituição de 1988 prioriza o homem sobre os meios de produção. Neste sentido prevê como fundamento da ordem econômica (art. 170) a valorização do trabalho humano. Ademais, o direito a dignidade humana, expressamente previsto no art. 1º, III, da CF/88, juntamente com as condições de salutaridade de trabalho, permitem ao homem-trabalhador alcançar melhor qualidade de vida, pois favorecem um ambiente de trabalho equilibrado.

Destaque-se, no mais, que não se pode enxergar uma contradição na Constituição Federal quando por um lado prega a defesa do equilíbrio do meio ambiente, da dignidade do homem-trabalhador, do direito à segurança, da redução dos riscos inerentes ao trabalho, ao direito à vida digna, enfim, e, por outro lado, prevê compensações e reparações para as situações que pressupõe, exatamente, a exposição do trabalhador a um meio ambiente do trabalho inadequado (art. 7º, XXIII e XXVIII).

Em verdade, preocupou-se, no primeiro caso, o Constituinte Brasileiro, com a prevenção das situações de risco. Sem, contudo, ignorar a realidade existente de frequentes desrespeito para com as medidas preventivas, e aí, prevê as compensações financeiras através dos adicionais de insalubridade, periculosidade e penosidade, sem falar da inevitabilidade do exercício de atividades nas quais os riscos são inerentes, à exemplo daquelas desenvolvidas por médicos, bombeiros, eletricitários dentre outras.

Deve-se ter em mente, entretanto que as situações de riscos devem ser transitórias, pois o ideal é a sua eliminação e substituição por condições salubres de trabalho.

Dentro no meio ambiente do trabalho sadio e equilibrado, verifica-se então, através de jornadas equilibradas, o respeito à necessidade de convívio do trabalhador com seus familiares, amigos, enfim, em sociedade, como um direito fundamental de tutela da sua qualidade de vida com dignidade.

5. O DANO EXISTENCIAL NO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO

Em 14 de março de 2012, a rede de supermercados Walmart, foi condenada a indenizar uma trabalhadora por dano existencial, pela 1ª Turma do TRT da 4ª Região (RS).

Os desembargadores do TRT-4 entenderam que a jornada excessiva, com duração entre 12 e 13 horas diárias, com intervalo intrajornada de apenas 30 minutos e somente uma folga semanal, durante mais de 08 anos, a que a colaboradora se submeteu, configurou o referido dano, tendo em vista o prejuízo causado aos seus projetos de vida, convívio familiar, saúde e a sua própria existência conforme seguinte ementa:

ACÓRDÃO nº 0000105-14.2011.5.04.0241 RO Fl. 1
DESEMBARGADOR JOSÉ FELIPE LEDUR

Órgão Julgador: 1ª Turma

E M E N T A

DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXTRA EXCEDENTE DO LIMITE LEGAL DE TOLERÂNCIA.

DIREITOS FUNDAMENTAIS. O dano existencial é uma espécie de dano imaterial, mediante o qual, no caso das relações de trabalho, o trabalhador sofre danos/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo tomador do trabalho. Havendo a prestação habitual de trabalho em jornadas extras excedentes do limite legal relativo à quantidade de horas extras, resta configurado dano à existência, dada a violação de direitos fundamentais do trabalho que integram decisão jurídico-objetiva adotada pela Constituição. Do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana decorre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, nele integrado o direito ao desenvolvimento profissional, o que exige condições dignas de trabalho e observância dos direitos fundamentais também pelos empregadores (eficácia horizontal dos direitos fundamentais).

Recurso provido.²⁴⁵

A defesa da trabalhadora demonstrou que a jornada excessiva contrariou previsão constitucional do direito ao lazer, ao convívio social da família, à saúde e a dignidade, dentre outras garantias fundamentais, *in verbis*: “Art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância, assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

O Relator do referido Acórdão, Desembargador José Felipe Ledur, explica:

[...] No presente caso, a reclamante alega que as jornadas excessivas lhe ocasionaram dano quanto ao seu convívio familiar, à sua saúde, aos seus projetos de vida, à sua dignidade. A configuração do dano, em regra, deve ser comprovado de forma inequívoca, salvo nos casos de dano *in re ipsa*.

Embora a prova oral não apresente elementos capazes de solucionar a lide e a prestação de horas extras não represente, em regra, dano imaterial/existencial, o trabalho prestado em jornadas que excedem habitualmente o limite legal de duas horas extras diárias, tido como parâmetro tolerável, representa afronta aos direitos fundamentais e aviltamento da trabalhadora, o que caracteriza a conclusão de ocorrência de dano *in re ipsa*.

De fato, os direitos fundamentais previstos no art. 7º da Constituição de 1988, dentre eles o disposto no inciso XIII (duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compen-

²⁴⁵ Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Disponível em: [www.trt4.jus.br/RevistaEletronicaPortlet/servlet/.../139edicao.pdf]. Acesso em 04/05/2012.

sação de horários e a redução da jornada mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho).

6. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO TRABALHO NAS DECLARAÇÕES DA OIT

O trabalho decente é aquele adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade. Nenhum trabalho esgota-se na repercussão patrimonial, portanto, mesmo que seja justa. Portanto não satisfaz o simples pagamento de horas extras ou itinerárias, porque a jornada excessiva causa dano existencial, ou seja, dano ao convívio familiar, à saúde e aos projetos de vida do trabalhador (TRT 4ª Região, RO 0000105-14.2011.5.04.0241).

Sobre a segurança do trabalhador, a Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, aprovada em 1998, constitui-se em um instrumento que, por intermédio de suas convenções, consagra a observância de determinadas normas diretamente ligadas à dignidade do trabalhador.

De acordo com a Constituição da Organização Internacional do Trabalho, em seu preâmbulo:

[...] considerando que a paz para ser universal e duradoura deve assentar sobre a justiça social; considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande número de indivíduos, miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais, e considerando que é urgente melhorar essas condições no que se refere, por exemplo, à regulamentação das horas de trabalho, à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão-de-obra, à luta contra o desemprego, à garantia de um salário que assegure condições de existência convenientes, à proteção dos trabalhadores contra as moléstias graves ou profissionais e os acidentes do trabalho, à proteção das crianças, dos adolescentes e das mulheres, às pensões de velhice e de invalidez, à defesa dos interesses dos trabalhadores empregados no estrangeiro, à afirmação do princípio “para igual trabalho, mesmo salário”, à afirmação do princípio de liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico, e outras medidas análogas, considerando que a não adoção por qualquer nação de um regime de trabalho realmente humano cria obstáculos aos esforços das outras nações desajeitadas de melhorar a sorte dos trabalhadores nos seus próprios territórios.²⁴⁶

Todos os países-membros da OIT devem observar independentemente de haverem ou não ratificado, as convenções eleitas como fundamentais.

De acordo com a OIT, só há justiça social se houver a fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, se os trabalhadores forem protegidos contra doenças gerais ou profissionais e contra acidentes de trabalho e ainda, se o salário garantir condições de subsistência adequada.

²⁴⁶ CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Disponível em: www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/.../constituicao_oit_538.pdf. Acessado em: 12.05.2012.

Ainda em relação ao Direito do Trabalho, o estudo do Direito Comparado ajuda na formação de normas internacionais do trabalho e introduzir, nos tratados internacionais de comércio, a chamada cláusula social – normas mínimas de trabalho a serem observadas pelos mesmos.

CONCLUSÃO

O dano existencial, causado pelo assédio existencial, constitui espécie de dano imaterial que acarreta a impossibilidade de executar, dar prosseguimento ou reconstruir o seu projeto de vida, seja na dimensão profissional, familiar, afetivo, sexual, intelectual, entre outras.

Acarreta assim, dificuldade de retomar sua vida na convivência profissional, familiar e/ou social, gerando, portanto, prejuízo em relação à vida social, que permite ao ser humano desenvolver e compartilhar suas atividades e sentimentos.

Concluindo-se, portanto que, torna-se impossível alcançar qualidade de vida sem qualidade de trabalho, sendo o meio ambiente do trabalho saudável pressuposto para a efetivação do direito constitucional ao lazer, ao convívio social da família, à saúde e a dignidade, dentre outras garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano existencial - A tutela de dignidade da pessoa humana*. Disponível em: www.mp.sp.gov.br. Acessado em: 27.03.2012.

CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Disponível em: www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/.../constituicao_oit_538.pdf. Acessado em: 12.05.2012.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental brasileiro*.

FROTA, Hidemberg Alves da. *Noções fundamentais sobre o dano existencial*. Disponível em: www.ejef.tjmg.jus.br. Acessado em: 25.03.2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito contemporâneo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011.

Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Disponível em: www.trt4.jus.br/RevistaEletronicaPortlet/servlet/.../139edicao.pdf. Acessado em: 04.05.2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 27. edição - São Paulo: Malheiros, 2006.

6

DA INTERCULTURALIDADE À ÉTICA DA CONVIVÊNCIA CIDADÃ

PAULO HAHN

Doutorado em Filosofia pela Universidade de Bremen/Alemanha (2007), Mestrado em Filosofia pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2003), Graduação em Filosofia pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ (2000), e realizou estudos Teológicos no Instituto Missionário de Teologia - IMT (1996). Atualmente é Professor e Pesquisador do Programa de Pesquisa, Extensão e Pós Graduação em Direito da UNOESC-Chapecó, Professor do Programa de Pós Graduação em Educação Profissional e Tecnológica (Lato Sensu - Especialização) do CNEC-Gramado/CESF-Farroupilha e também Professor da FTEC-Faculdades de Caxias do Sul. Tem experiência na área de Filosofia Moderna e Contemporânea, Teoria Crítica, Filosofia do Direito, Filosofia Intercultural, Direitos Humanos, Ética e Filosofia Política.

ROBISON TRAMONTINA

Graduação em Filosofia pela Universidade de Passo Fundo (1997), Mestre (2000) e Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2011). Atualmente é professor-pesquisador do Programa de Pesquisa, extensão e Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina. Tem experiência nas áreas de Filosofia Jurídica e Filosofia Política. Atua principalmente nos seguintes temas: direitos fundamentais, teoria da justiça, desobediência civil e obrigações políticas e epistemologia jurídica.

SUMÁRIO: 1. Interculturalidade e encontro entre os outros. 2. Adialocidade do ser e ética da convivência cidadã. Considerações finais. Referências.

1. INTERCULTURALIDADE E ENCONTRO ENTRE OS OUTROS

Aprender a pensar desde a alteridade é sinônimo de aprender a pensar desde uma diversidade pessoal e coletivo, cultural e histórica, na qual a realidade está aberta para a convivência, pois deve ser necessariamente compartilhada com outros, porque, precisamente, o mundo não é unívoco e linear. Com isso queremos também resgatar a heterogenidade e multiplicidade histórica e cultural, a qual procuramos expressar e fundamentar na seguinte afirmação:

No lugar da unilinearidade requer-se um ‘multiversum’ amplo, elástico, totalmente dinâmico; um contraponto contínuo e frequentemente enlaçado de vozes históricas. Desta maneira e para fazer justiça ao gigantesco material extraeuropeu, já não é possível trabalhar de modo unilinear, sem sinuosidades na série (ordem), sem uma complexa e nova variedade de tempo (...). Todo conteúdo da meta a que se refere o verdadeiro progresso e ao que conduz deve ser reconhecido igualmente de modo amplo e profundo de maneira que os diferentes povos, sociedades, culturas na terra – com toda a uniformidade de seus estados de desenvolvimento econômico e social e suas leis dialéticas – tenham lugar nele e para ele. Assim, pois, hão de se apresentar no marco de uma filosofia da história as culturas extraeuropeias existentes sem violação europeizante e nem sequer com uma nivelação de seus testemunhos específicos, como testemunhos da riqueza da natureza humana²⁴⁷.

Esta questão ganha uma nova atualidade, se pensarmos na não-simultaneidade dos tempos, no multiverso cultural, na heterogeneidade, na diversidade e na multiplicidade - enquanto aos espaços, as características, os ritmos e as culturas. Com estes conceitos e com os conteúdos que lhes são inerentes pode-se compreender e discutir hoje os problemas e as tendências da globalização, precisamente no sentido da necessidade de uma filosofia intercultural enquanto suporte teórico para o atual debate sobre a universalidade dos direitos humanos. A partir desses conhecimentos críticos e de suas categorias, deveríamos atualmente precaver-nos de um “estilo internacional” ou “global”, o que poderia tornar-se o “túmulo de todo tipo de não-simultaneidade”²⁴⁸. Contra esta evolução a filosofia intercultural postula o resgate e a transformação dialética do que merece ser herança do passado, da não-simultaneidade, do multiverso e da diversidade.

Pois sabemos que infelizmente as organizações existentes como a ONU ou a Organização Mundial do Comércio seguem a lógica do mercado internacional e não contêm uma filosofia multiversal de inclusão das culturas. Portando, a unificação econômica não gera um mundo globalmente integrado e incluso.

O mercado mundial por si só não cria nenhuma sociedade universal [...]. Isto significa que apesar da dinâmica do mercado mundial, os processos de desen-

²⁴⁷ BLOCH, Ernst. *Tübinger Einleitung in die Philosophie*, pp. 146-147.

²⁴⁸ BLOCH, Ernst. *Tübinger Einleitung in die Philosophie*. p. 146.

volvimento social e econômico correm por separados enquanto ao espaço e de maneira asincrônica enquanto ao tempo, quer dizer, de maneira irregular e não-simultânea. A globalização inclusa faz com que no interior das sociedades coexistam também setores com aceleração totalmente distinta. Estamos, pois, ante uma `contemporaneidade da globalização e unificação [...] e de particularização e não-simultaneidade´²⁴⁹.

É evidente que este antagonismo abre dois caminhos opostos: um dos caminhos leva a integração política a grande escala (globalização); e o outro caminho leva a movimentos regionalistas e etnonacionalistas, o qual na maioria das vezes contém um forte elemento racista (particularização). Obviamente, entendemos que a relação entre unidade e pluralidade, entre *universum* e *multiversum*, entre regional e global jamais deve ser interpretada de forma unilateral, centrifugal e anti-dialógica. Aqui as contradições polares deverão ser interligadas, ou seja, a identidade e a diferença, implicam processos dialéticos e dialógicos. Portanto, neste dublo movimento simultâneo de integração e de fragmentação, de abertura e de fechamento, que a categoria *multiversum* defende tanto a diversidade quanto os particularismos culturais sem deixar de abrir-se, ao mesmo tempo, às perspectivas de uma interculturalidade a escala planetária.

Trata-se de situarmo-nos numa relação concreta de intercâmbios de valores recíprocos que favoreçam melhores processos comunicativos e compreensivos entre uns e outros seres e mundos de vidas. A relação intercultural sempre será uma relação de alternativas e respostas acordadas e decididas consensualmente. Um intercâmbio entre culturas de diversas naturezas com o propósito de acrescentar o mundo subjetivo que as anima para um destino histórico que pode ser entendido desde vários pontos de vista, evitando a hegemonia de uma cultura sobre outra.²⁵⁰ Aprender a pensar desde a cultura do outro, nos permite contextualizar o outro desde um diálogo que reconheça sua autenticidade e originalidade.

Ver nesse outro que não sou eu-mesmo –, a esse alguém que necessito para construir uma realidade social, política, econômica, que não se baseia num plano coercitivo e homogêneo que se impõe desde dominador para os dominados, mas que parte de uma atitude crítica que ensina que a transformação intercultural do pensamento e suas esferas de racionalidade –, é propiciar uma mudança em nossas concepções do mundo.

No juízo de Raúl Fonet-Betancourt²⁵¹, este tipo de repensar filosófico nos ensina a ver a outra face do discurso que é defendido pela contextualidade para o diálogo intercultural como o cenário natural e sem coações de nosso encontro com o outro; quer dizer, do discurso da globalização dentro do qual o outro permanece anulado e exterminado quase por completo, graças ao desenvolvimen-

²⁴⁹ DIETSCHY, Beat. *En la penumbra del tiempo*. p. 182.

²⁵⁰ FORNET-BETANCOURT, R (2004). *Hacia una filosofía intercultural latinoamericana*. Costa Rica, DEI.

²⁵¹ FORNET-BETANCOURT, Raúl. *Transformación intercultural de la filosofía*. Bilbao, 2001.

to e aceitação de uma cultura que prega a homogeneidade e a uniformidade das culturas, através do mercado e do consumo.

A nova idolatria da razão moderna repousa sobre estes estímulos de publicidade comercial com a qual se desejam vender os benefícios de uma sociedade completamente alienada pela objetivação científico-técnica dos sujeitos, por meio da produção de massa. O diálogo intercultural vem favorecer as lutas das culturas para sua sobrevivência e por resistir-se a serem colonizadas por outra que se baseia na dominação. Uma luta que desde a alteridade, nos demonstra que as culturas reclamam seus direitos à vida e à liberdade de suas representações e simbolizações.

Assim, assinala Raúl Fornet-Betancourt, no marco desse movimento crítico, a filosofia se vê confrontada com uma verdadeira pluralidade de contextos e de formas de interpretação dos mesmos que a desafiam a superar sua possível localização monocultural, para abrir-se cabalmente à mensagem que comunicam outras formas de vida na sua maneira contextual de organizar, pensar, ver, sentir e reproduzir tudo o que compreende seu “mundo”; isto é, a mensagem de suas metas e valores. Ademais, parte-se de uma concepção da cultura na qual cultura não significa uma esfera abstrata, reservada à criação de valores “espírituais”, mas o processo concreto pelo qual uma comunidade humana determinada organiza sua materialidade com base de fins e valores que quer realizar.

Precisamente, isso é possível porque a filosofia intercultural se confronta não somente com o desafio, mas para a possibilidade histórica de refazer-se a partir da interconversação dos universos culturais da humanidade; porque nesse diálogo pelo qual se comunica o próprio e se participa no diverso, encontra a filosofia a base histórica necessária para universalizar-se realmente; isto é, para superar a etapa monológica de localização preferencial num universo cultural específico, rearticulando-se como um movimento de universalização compartilhado que cresce desde cada universo cultural específico; mas que, precisamente por ser compartilhado, supera as limitações próprias do específico ou particular correspondente e se vai esboçando assim um horizonte tecido pela comunicação das visões do mundo.²⁵² A aparição do outro, significa que não estamos sós no mundo.

Este outro representa com sua aparição uma forma de manifestar sua presença desde sua originalidade e autonomia. O outro é quem é, pois, está contextualizado pela história na qual se desenvolve, e é uma condição de seu viver que nos é dada pela oportunidade de compartilhar seu presente e seu futuro. Esse, aquele, que vem ou vai desde ou para outra cultura não pode ser aceita como um estrangeiro ou alguém estranho. Abre-se em suas identidades com o propósito de recriar-se em outras diferentes. É um rosto marcado por uma história cultural e uma biografia pessoal que não deixa de interpelar para consentir e discernir os va-

²⁵² FORNET-BETANCOURT, R (2000). *Interculturalidad y globalización: ejercicios de crítica filosófica intercultural en el contexto de la globalización neoliberal*. Costa Rica, DEI.

lores através dos quais desenvolverá as práticas sociais de sua vida.²⁵³ A vida em comum agora são vidas interceptadas por uma comunicação em comunhão com outras vidas que se associam com maior frequência num espaço e num tempo no qual os princípios do individualismo e o personalismo, tende a diluir suas fronteiras egocêntricas por outras mobilidades sociais que tentam agrupar os seres humanos em termos de solidariedade, fraternidade e responsabilidade.

Um mundo objetivado pelo conhecimento da racionalidade científica pouco a pouco vai abrindo caminho ao outro que responde às novas necessidades de progresso e liberdade de comunidades e de culturas que haviam sido invisibilizadas pelo poder da dominação ideológica e política da cultura ocidental. A aparição do outro traz uma carga de tradição e de regionalidade histórica que tende a resignificar as práticas culturais que se põem na cena mundial, onde as relações entre sujeitos origina as intersubjetividades que vão definir de outra maneira a esses mesmos sujeitos. O reencontro com o outro, a saída de um eu-sou para o ser com os outros onde nos tornamos, responde indefectivelmente a uma saída ontológica que é capaz de romper com o etnocentrismo cultural que tem prevalecido no Ocidente.

A aproximação entre umas e outras culturas, no sentido histórico e dialógico supõe que as relações antropológicas entre as culturas devem enriquecer o desenvolvimento das mesmas, quer dizer, o ser é um ser que deve fazer transito através do qual ele não é para redescobrir sua afirmação no mundo onde está compartilhando sua co-presença. O outro como sujeito da ação compartilhada é transformado e é transformador da realidade que compartilha e convive. Desde a interculturalidade, a razão filosófica e o aprender a pensar e ser, consideram os conteúdos da cultura em termos de desejar e querer conhecer o que o outro é a partir de suas concepções do mundo, mas entendido numa prática na qual esses valores são revalorizados e reavaliados por acordos por normas de consenso e diálogo que permitam contextualizar os valores propostos nos outros sistemas de meios e de fins, que agora passam a ser sistemas de interação entre culturas diferentes e plurais.

As culturas se interpelem entre si e se interpretam entre si, mas agora suas vozes não são uníssonas, mas polifônicas. Há mais de um e de outro, que se outorgam o direito à palavra e à comunicação. Mais e mais de uns e de outros, vem a participar nas decisões e eleições que o sistema requer de interação cultural para que as próprias sociedades e suas respectivas instituições e Estados possam evoluir. Nesse sentido a interculturalidade como processo de aproximação ao outro, requer de práticas discursivas deliberativas e persuasivas que contribuam para uma filosofia prática da paz e a tolerância, da igualdade e a justiça. É um exercício de saberes e de conhecimentos, sem fins instituídos previamente de acordo com o interesse pessoal ou estatal de uns ou de outros que na sua minoria querem tornar-se com o poder para decidir ou escolher, dominar ou controlar.

²⁵³ PANIKKAR, R (2006). *Paz e interculturalidad*. Barcelona:Herder.

Para Diana de Vallescar Palanca, a interculturalidade pode interpretar-se desde o âmbito pessoal (intraculturalidade) e o dos processos sociais (interculturalidade), mesmo que ambos sejam complementares entre si. E pode converter-se num princípio normativa deles.²⁵⁴ Amplia suas ideias da seguinte maneira: a interculturalidade no sentido pessoal, se inicia propriamente em cada um de nós quando começamos um diálogo interno (intraculturalidade) entre as diversas influências, mitos, cosmovisões, etc., que nos sustentam, configuram e às quais nos vemos expostos. Estes em ocasiões entram em conflito e, nem sempre, são fáceis de harmonizar. Essa dinâmica pode realizar-se de formas diversas. Uma delas consiste em compartilhar estes momentos com pessoas submetidas a diversas influências culturais, pois, em geral, as processam de forma similar.

A interculturalidade no sentido social se orienta pelos processos que fundamentam o reconhecimento do direito à diversidade cultural e à luta contra as formas de discriminação e desigualdade social. Com o fim de promover relações dialógicas igualitárias entre pessoas e grupos que pertencem a distintos universos culturais.²⁵⁵ Por isso não podem ser dissociadas da problemática social e política de cada contexto. Vir e trazer ao encontro, à reciprocidade do alter num nós que convívio se faz existencial.

Sem renunciar à diferença e a especificidade na qual cada uma das culturas que estão interconectadas por relações interativas numa grande diversidade de sentidos, a correspondência entre elas por afinidade, analogia, semelhança, parecido, similitude, etc., não podem desvirtuar a relação de correlação que se trama entre elas segundo se vai dando na práxis o desenvolvimento das respectivas interações que não respondem a nenhum apriorismo. Aprender a ser desde o outro, é uma tarefa múltipla e complexa: requer de modos de pensar e ser, atuar e interatuar, compreender e interpretar, significar e decodificar, que impõem e implicam formas de sensibilidade, emoções, afetos, paixões, gestualidades, opiniões e críticas, obediência e desobediência, que somente podem ser compartilhados se existem, com efeito, o razoamento dialógico como processo comunicativo que demanda cada vez mais a sociedade de seres humanos livres e igualitários.

2. ADIALOGICIDADE DO SER E ÉTICA DA CONVIVÊNCIA CIDADÃ

As relações sociais, entre sujeitos humanos, sujeitos vivos como assinala Hinkelammert²⁵⁶, são relações que se constroem e adquirem significado desde a esfera política onde essas ações se originam. É por meio da política que a sociedade se organiza democraticamente numa sociedade regulada e governada por

²⁵⁴ DE VALLESCAR PALANCA, D (2002). “La cultura: consideraciones para el encuentro intercultural”. In: Arnaiz GG (Coord.). *El discurso intercultural. Prolegómenos a una filosofía intercultural*. Madrid, Biblioteca Nueva, p. 144.

²⁵⁵ PANIKKAR, R (1990). *Sobre el diálogo intercultural*. Salamanca, Editorial San Esteban.

²⁵⁶ HINKELAMMERT, F (2006). *El sujeto y la ley. El retorno del sujeto reprimido*. Caracas, Fundación editorial El Perro y la Rana, Ministerio de la Cultura de la República Bolivariana de Venezuela.

leis, quer dizer, pelo Estado. Na figura jurídica do Estado se concentra o poder – e a força – da política: este deve promover um exercício público da política em termos da liberdade, autonomia e direitos humanos.

De igual maneira, o Estado deve acrescentar a integração social e evitar a exclusão, a partir de princípios éticos que possam gerar uma forma de pensar a política e os políticos desde ações cidadãs mais responsáveis e compartilhadas²⁵⁷. Já não se pode considerar o sujeito entre outros sujeitos, como objeto de algum deles ou para a maioria deles. Não se deveria entender que o outro na sua relação de coparticipe das ações sociais, pode perder por alguma condição que o pretermine, seu valor de sujeito, sua práxis subjetiva, sua interação intersubjetiva. Isso suporia um claro desconhecimento da presença do sujeito como outro desde a diversidade de sua alteridade.

Hoje a proposta é outra: o diálogo na sua dimensão expressiva e comunicativa, quer dizer, na sua esfera de encontro e reconhecimento, através da linguagem, a palavra e o discurso, é o que nos põe frente ao outro na sua condição humana, cultural e histórica. A necessidade de fazer-nos um mundo que deve ser compartilhado e repartido entre todos com um sentido de equidade e igualdade, parte do pressuposto de que somente por meio do diálogo é que podemos vencer as assimetrias que se estabelecem e partem de uma estrutura social cujos processos produtivos se levantam sobre uma ordem hierárquica de exclusões que tem sua origem em processos de consumo e distribuição das riquezas de acordo com a economia capitalista neoliberal.

O fato de converter a economia numa discussão política acerca da satisfação de necessidades e usos dos bens sociais e econômicos, na sua relação com a justiça desde o ponto de vista dos direitos humanos e das democracias plurais, nos permite considerar que o paradigma das práticas dialógicas que insurgem na sociedade moderna, dinamiza com extrema força a participação social de setores da mesma que permaneceram excluídos das esferas públicas do poder institucional do Estado.²⁵⁸

Ademais, os princípios de responsabilidade ética sobre os quais se baseia a pragmática da comunicação e das novas práxis políticas, nos permite considerar que cada vez mais o diálogo como instância e medicação para resolver a conflitividade, tem que abrir-se aos diferentes contextos de valorização em que os sujeitos sociais apresentam suas demandas e solicitudes com o interesse comum de tornar mais deliberativa e consensuada a democracia enquanto um processo que aponta para aprofundar e ampliar relações normativas e de representação das quais todos os cidadãos tem o direito de reclamar para atuar. A inclusão do outro nos desenvolvimentos discursivos das democracias modernas, não pode deixar de considerar-se dentro da eticidade política das sociedades e seus respectivos

²⁵⁷ HABERMAS, J (2002). *A inclusão do outro. Estudos de teoria política*. São Paulo: Edições Loyola.

²⁵⁸ HABERMAS J (2000). *Aclaraciones a la ética del discurso*. Madrid, Trotta.

Estados nacionais.

A dimensão ética que se assume no diálogo com o outro, resulta de uma visão da necessidade que temos para entender no sentido valorativo, a ação prática das relações sociais a partir da qual se reconhece a existência e a identidade do outro, como real e possível sem reducionismo ou marginalidade. Trata-se de ver e sentir esse outro que é e está diante do meu eu e da minha consciência, como uma presença anunciada e revelada, que nos leva a uma situação de dever ser que põe entre ambas as consciências os respectivos mundos de vida do qual é necessário extrair os respectivos conteúdos de valor para os que fazem parte da interação e que, obviamente, terminarão transformados entre si, segundo a força argumentativa do discurso na sua projeção de interesse, consenso e acordos generalizáveis²⁵⁹. A exigência ética não estará limitada a um ou outro dos atores ou movimentos sociais, que formam parte do cenário social; mas para a maioria de pessoas e cidadãos que sabendo deste direito e entendendo esta necessidade de agir dialogicamente, se tornam solidários da pretensão de organizar e dirigir a ação àquela a qual o discurso dá origem, com fins associados à justiça e à liberdade.

O compromisso ético sobre o qual se constrói a ação pública dos sujeitos e atores sociais, impregna o fazer político de responsabilidade cidadã. Isso significa que se na democracia social da modernidade os direitos humanos, econômicos, sociais e políticos, se instituem para o bem comum da maioria, isso pode considerar-se como uma forma de “política de governo” que reconhece expressamente que o cumprimento desses direitos passa pelo discurso social e a práxis política desse discurso na sociedade por parte de suas diversas classes, grupos ou movimentos. Uma sociedade capaz de reconhecer sua sobrevivência por meio de um diálogo politicamente democrático e estratégias de acordos discursivos, é uma sociedade que eticamente propiciará alternativas para um melhor e maior diálogo intercultural. Nenhuma sociedade é universalmente homogênea, nenhuma das premissas que podem servir de justificação para uma sociedade absolutista e/ou totalitária, pode cobrar ou manter alguma vigência em nossos dias.

O próprio desenvolvimento da globalização do capitalismo apresenta à luz do dia a diversidade e heterogeneidade estrutural das relações sociopolíticas e econômicas deste sistema, que se alimenta desde suas origens de uma multiplicidade de condições materiais e humanas às quais não pode renunciar. De alguma maneira, vai à origem mesmo do capitalismo a expansão de uma cultura que tem sua contraparte não dominante ou anti-hegemônica, em outras esferas culturais que servem de contrapeso e de superação. Neste momento da história os processos de crise de transformação estrutural pelos quais transita o capitalismo neoliberal, permitem outra reflexão que completa e aprofunda os argumentos e interpretações da Teoria Crítica da Escola de Frankfurt; nos dão um exemplo real

²⁵⁹ SIDEKUM, A (Org.) (2003). *Interpelação ética*. São Leopoldo, RS, Brasil: Editorial Nova Harmonia, 2003.

e crescente da solicitude da ética para a compreensão dos assuntos públicos com os outros. Precisamente, porque sem ética pública, discursiva e da responsabilidade, não é possível um exercício em autonomia e respeito jurídico dos poderes do Estado. A construção de programas de justiça e democracia social e política, através de uma eticidade e uma vontade pública e popular, acerca de como obter o melhor bem em comum ao que todos temos direito, é possível se nossa aceitação do outro permite a este fazer parte integral da diversidade social na qual está comprometida a maioria cidadã dos Estados modernos. A atuação de um agir em liberdade e com sentido emancipatório, é uma de suas características.

Requeremos ir para um Estado de nações, para uma sociedade de cidadanias diferentes e diversas, e para práticas éticas cujos conteúdos normativos de valor sejam contextualizados cultural e politicamente, para reconhecer o valor compartilhado que pudessem ter alguns ou grande parte desses valores. Esses valores não seriam meros ideais, mas estariam sujeitos às condições de materialidade nas quais um valor assume ou recebe seu valor, precisamente, quando os conteúdos de valor das ações políticas e públicas, tomam seu sentido e significado das próprias práticas culturais e sociais dos atores. O diálogo como uma exigência da razão prática para acordar com o outro sua inclusão em mundos de vida que devem ser cada vez mais compartilhados, implica que esse outro ao qual devemos aceder tem que fazer parte do mundo de vida convivido onde a sociedade pode alcançar seu máximo grau de confiança, fiabilidade, coparticipação, que estabeleça novas relações entre os seres humanos, sujeitos, cidadãos, que indagam e aspiram a obter espaços políticos onde efetivamente a vida pública esteja garantida pelo cumprimento das normas com verdadeiro sentido democrático.

Ativar a consciência do meu eu para a consciência do outro, não é uma mera aptidão filosófica de pensar o mundo contemplativamente, mas de atuar no mundo onde nossa relação com o outro deve ser humanista e humanitária²⁶⁰. A violência e a guerra que vivemos nestes tempos de pós-modernidade, nos falam muito de perto sobre a necessidade de entender os novos papais políticos que a ética cívica, pública e discursiva deve cumprir na formação da cidadania das democracias plurais e interculturais. É um desafio presente para um futuro imediato, que não espera para amanhã. Não é possível avançar no desenvolvimento de uma filosofia da alteridade, sem uma filosofia da interculturalidade que nos permita pensar e sentir num nós todo isso que reflita o particular e universal de cada cultura. Não é possível, tampouco, ir até uma ética da intersubjetividade sem que o diálogo com o outro nos abra seu mundo de vida e seus sistemas de representações e comunicação, porque para poder estar no horizonte existencial do outro é preciso que permaneçamos no espaço da produção de práticas políticas livres de qualquer intervenção determinista por parte de racionalismos coisificantes. Se bem nos valem da razão para pensar e fazer do mundo uma realidade do ser, isso não quer dizer que esta se converta num princípio absoluto da objetivação do

²⁶⁰ LLANO, A (1999). *Humanismo cívico*. Barcelona, Ariel.

ser. Melhor ainda, os espaços democráticos e políticos liberados para a convivência humana, devem estar libertados dos poderes da Razão de um sujeito privilegiado ou grupo de sujeitos hierárquicos, para um espaço de realização pessoal e coletiva onde a razão nos converta em seres mais razoáveis ética e moralmente²⁶¹.

A ética da convivência social e cidadã, é uma ética de valores relativos dentro de uma diferença multicultural. Esta ética aponta aos outros desde diversos sentidos ontológicos do ser e do dever ser, mas isso não exclui que esta ética de princípios e normas intersubjetivas, seja incapaz de construir normas com capacidade de reconhecimento e consenso sobre a prática heterônoma desses valores em situações particulares de contextos históricos e políticos. E mais ainda, da diversidade desses contextos valorizados nasce a regularidade que permite que as normas se tornem associativas e compatíveis com os fins comuns e coletivos dos usuários ou normatizados. É por essa razão que estas normas e princípios de eticidade pública, se aceitam genericamente na medida em que elas permitem interpretar o campo valorativo no qual se devem cumprir por uns e outros. Dos fins comuns e dos acordos gerais, nascem estas normas compartilhadas comunicativa e comunitariamente, e que vão requerer desse exercício prático da norma como interação da conduta e da vida, posto que ao valer para uns, também vale para todos. Por conseguinte, as relações acontecem como correlações de um nós sem unicidade predeterminada por algo ou alguém, com um interesse de domínio.

A origem desta ética do outro, sugere, precisamente, uma interiorização do espaço de ser desse outro numa correlação entre outros, onde a responsabilidade é um dever compartilhado enquanto que sugere o ato de estar com o outro num responder dentro do diálogo. A pessoa, indivíduo, cidadão, que é o outro, o é na sua condição de estar presente para seu próximo como já temos afirmado; fora deste espaço de aproximação e encontro não é possível a alteridade, a necessidade de viver e conviver que torna possível a recriação contínua da sociedade através da política. A convivência, então, se baseia numa racionalidade dialógica que se insere e se naturaliza no mundo do logos para interpretar nosso devir através do ser, e essa responsabilidade é inerente ao pensamento com o qual nos compreendemos como seres humanos e racionais, num processo donde a crítica ao domínio da razão nos permite aceder a um mundo da diversidade no qual cada ser vivo, sujeito da vida, é livre para conviver com os outros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante estes postulados, a filosofia intercultural quer contribuir para que estas forças, tensões e interações permaneçam indissociáveis – multiverso e interculturalidade –; estabelecendo assim, uma construtiva interlocução, criando espaços de encontro e resistência a toda forma de dominação e democratizando a utopia e utopizando a democracia.

²⁶¹ BOLADERAS, M (1996). *Comunicación, ética y política*. Madrid: Tecnos.

Esta atitude utópica exige da filosofia intercultural – inspirada no otimismo militante, no multiverso de caminhos e de culturas, e na interlocução – a explicação de condições objetivas, a elaboração de estratégias e alternativas, a busca daquilo que é universal num pensamento situado, a busca da polifonia, e a busca do diálogo. Com isso, a filosofia intercultural rejeita a mistificação de uma cultura e de um saber situado como sendo “o saber” ou “a cultura”; evitando assim, um (neo) colonialismo, a globalização cultural, o particularismo, o fundamentalismo, o isolamento e o universalismo. Pois universalizar não é expandir o próprio e sim, dialogar com as outras tradições.

Como decorrência, deixa de existir um centro onde predominaria a reflexão filosófica, como o eurocentrismo ou qualquer outra centralização e experimenta a construção de uma *razão interdiscursiva*, construtora de pontes. Dá-se outra idéia de universalidade, que não é justaposta à unidade. A universalidade não se realiza em ideários metafísicos unitários. Refaz a ideia de universalidade, regulada pela solidariedade em todos os universos que compõem o nosso mundo cultural.

Produz-se, pois, uma nova cultura de amplitude de direitos e de compreensões voltadas para afirmações das diferenças. Esse processo de gestação pode ser traduzido numa política de resistência cultural, associada à ideia de *isonomia*, que requer tratamento igual, no sentido do respeito aos direitos de todos.

Por isso torna-se imperioso e urgente avançar na direção de uma concepção de direitos humanos não mais meramente formalista, estática e monocultural. Para isso, o compromisso é com um referencial crítico dos direitos humanos fundamentais em sua dimensão de resistência, de reconhecimento da alteridade, de emancipação e, portanto, de interculturalidade.

REFERÊNCIAS

ASTRAIN, Ricardo Salas. *Ética Intercultural. (Re) Leituras do pensamento latino-americano*. Nova Petrópolis: Nova Harmonia, 2010.

BAJTÍN, M. M. *Yotambiénsoy. Fragmentos sobre el otro*. México, Taurus, 2000.

BOLADERAS, M. *Comunicación, ética y política*. Madrid: Tecnos, 1996.

BLOCH, Ernst. *Tübinger Einleitung in die Philosophie*. Frankfurt a. M: Suhrkamp, 1970.

_____. Ernst. *Erbschaft dieser Zeit*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1962.

_____. *Experimentum Mundi*. Frage, Kategorien des Herausbringens, Praxis. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1975.

_____. *Naturrecht und menschliche Würde*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1961.

_____. *Princípio Esperança*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005.

DE VALLESCAR PALANCA, D. La cultura: consideraciones para el encuentro intercul-

tural. In: ARNAIZ G. G (Coord.). *El discurso intercultural. Prolegómenos a una filosofía intercultural*. Madrid, Biblioteca Nueva, 2002.

GALÍNDEZ, M. *Una alteridad constitutiva delSí-mismo. La hermenéutica de Paul Ricoeur, vía larga de recuperación del sujeto*. Valencia: Universidad de Carabobo, 2000.

FORNET-BETANCOURT, R. *Hacia una filosofía intercultural latinoamericana*. Costa Rica: DEI, 2004.

FORNET-BETANCOURT, R. *Interculturalidad y globalización: ejercicios de crítica filosófica intercultural en el contexto de la globalización neoliberal*. Costa Rica: DEI, 2000.

GARBER, D. *El puente roto. Temas y problemas de la filosofía de Descartes*. Caracas: Monte Ávila Editores Latinoamericana, 2002.

HABERMAS J. *Aclaraciones a la ética del discurso*. Madrid, Trotta, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro. Estudos de teoria política*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HAHN, Paulo. Pressupostos da filosofia intercultural e teoria crítica dos direitos fundamentais. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier & Branco, Gerson Luiz Carlos & Porciuncula, Marcelo (Org.). *A problemática dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa*. Joaçaba: Unesco, 2012, p. 193 - 205.

HAHN, Paulo & NERY, Rogério. *Educação: direito fundamental universal*. Revista Espaço Jurídico, 2011, v.12.

HAHN, Paulo & TRAMONTINA, Robison. Multiversum Cultural, Direitos Humanos e Dialogo Intercultural - uma reflexão a partir de Ernst Bloch e da Filosofia Intercultural. In: XX Congresso Nacional - CONPEDI, 2011, Vitória-ES. A Ordem Jurídica Justa: um diálogo Euro-Americano. Vitória - ES, 2011.

HAHN, Paulo. Dignidade humana na era das biotecnologias e do biopoder. In: Gorczewski, Clóvis (Org.). *Direitos Humanos e Participação Política*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2011, v. II.

HAHN, Paulo (Org.). *Direitos fundamentais: desafios e perspectivas*. Nova Petrópolis: Nova Harmonia, 2010.

HAHN, Paulo. *Ernst Bloch: die Dimension der Sozialutopie und ihr Einfluss im latein-amerikanischen Denken sowie die Konzepte Ungleichzeitigkeit und Multiversum als Grundbedingungen für das Verständnis und als Perspektive für einen interkulturellen Dialog*. Aachen: Concordia, 2007.

HAHN, Paulo. Apresentação, in: MEINHARDT, Giovani. *Solipsismo moral: egoísmo e*

liberdade negativa. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2007.

HAHN, Paulo. *Consciência e emancipação*. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2003.

HINKELAMMERT, F (2006). *El sujeto y la ley. El retorno del sujeto reprimido*. Caracas, Fundación editorial El Perro y la Rana, Ministerio de la Cultura de la República Bolivariana de Venezuela, 2006.

HÖFFE, Otfried. *Derecho Intercultural*. Barcelona: Gedisa, 2000.

LLANO, A. *Humanismo cívico*. Barcelona, Ariel, 1999.

LÉVINAS, E. *Entre nous. Essai sur le penser-a-l'autre*. Paris, Grasset&Fasquelle, 1991.

LUCAS, Douglas Cesar. *Direitos humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença*. Ijuí: Unijuí, 2010.

MACEIRAS FAFÍAN, M. Reciprocidad y alteridad. Prólogo a Paul Ricouer. *De otro modo. Lectura de De otro modo que ser o más allá de la esencia de Emmanuel Lévinas*. Barcelona: Anthropos, 1999.

MILOVIC, M. *Comunidad y diferencia*. Granada. Universidad de Granada: Biblioteca de Bolsillo, 2004.

NICOL, E. *Metafísica de la expresión*. México, FCE, 1989.

PANIKKAR, R. *Paz e interculturalidad*. Barcelona: Herder, 2006.

PANIKKAR, R. *Sobre el diálogo intercultural*. Salamanca, Editorial San Esteban, 1990.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Lisboa: Presença, 1993.

SIDEKUM A. (Org.). *Alteridade e multiculturalismo*. Ijuí: Editoria Unijuí, 2003.

SIDEKUM, A (Org.). *Interpelação ética*. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2003.

7

APONTAMENTOS SOBRE A DISCRIMINAÇÃO ETÁRIA NO DIREITO DO TRABALHO**RODRIGO GOLDSCHMIDT**

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC.
Professor e Pesquisador da UNOESC. Juiz do Trabalho da 12ª Região
– Chapecó/SC.

CRISTHIAN MAGNUS DEMARCO

Doutor em Direito Pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande
do Sul – PUC/RS. Professor e Pesquisador da UNOESC.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Os princípios da igualdade e da proporcionalidade. 2. Princípio da Não Discriminação. 3. Discriminação positiva (ou ações afirmativas). 4. A Discriminação Etária no Direito do Trabalho. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Em que pese o Direito à Igualdade estar consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem²⁶² e na Constituição de nosso país²⁶³, o fato é que, na realidade concreta das pessoas, de forma ostensiva ou velada, ocorrem inúmeros casos de discriminação.

Neste estudo, coloca-se em voga o caso da “Discriminação Etária”, abordando-se as suas manifestações no mundo do trabalho e possíveis medidas, à luz do Direito, para combater a sua prática.

Com esse objetivo, nos tópicos que seguem, serão abordados, nesta ordem, os princípios da igualdade e da proporcionalidade; o princípio da não discriminação; a discriminação positiva (ou Ação Afirmativa) e a Discriminação Etária no Direito do Trabalho.

²⁶² O artigo primeiro da declaração em tela assim dispõe: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.” In. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos-direitoshumanos.phb>. Acessado em: 17.09.2012.

²⁶³ O artigo 5º da CF assim dispõe: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade, nos termos seguintes”.

1. OS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da igualdade pode ser visto de dois ângulos: a igualdade na lei, que tem a ver com a tarefa jurídico-política do legislador na elaboração da norma, e a igualdade perante a lei, que constitui imperativo a ser observado pelo aplicador do direito. Em outras palavras, tanto na elaboração como na aplicação da lei, há de ser observado o princípio da isonomia do tratamento.

Nesse sentido, desde o início, vale observar a lição de Silva (1994, p. 195):

Porque existem desigualdades, é que se aspira à igualdade real ou material que busque realizar a igualização das condições desiguais, do que se extrai que a lei geral, abstrata e impessoal que incide em todos igualmente, levando em conta apenas a igualdade dos indivíduos e não a igualdade dos grupos, acaba por gerar mais desigualdades e propiciar a injustiça, daí por que o legislador, sob o ‘impulso das forças criadoras do direito’ – como nota Georges Sarotte – ‘teve progressivamente de publicar leis setoriais para poder levar em conta diferenças nas formações e nos grupos sociais: o direito do trabalho é um exemplo típico.’

No mundo jurídico, constitui-se senso comum que o princípio da igualdade consiste em *tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades*. Todavia, o grande problema que reside nesse princípio é justamente o de conhecer os que são iguais e os que são desiguais, bem como até que ponto se estende a igualdade e a desigualdade entre as partes numa dada relação concreta.

A dificuldade dessa tarefa é muito bem traduzida por Celso Antonio Bandeira de Melo (1999, p. 42): “Parece bem observar que não há duas situações tão iguais que não possam ser distinguidas, assim como não há duas situações tão distintas que não possuam algum denominador comum em função de que se possa parificá-las.”

É justamente nesse ponto que assume importância o princípio da proporcionalidade, em razão de, pela sua operacionalização, permitir visualizar com mais precisão e controle, até que ponto as partes são iguais ou desiguais, oferecendo ao intérprete e ao aplicador parâmetros mais seguros para nivelar, com justiça, a eventual desproporção das mesmas em face do caso concreto, harmonizando os seus interesses.

Segundo Bonavides (1999, p. 357) “O princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) pretende, por conseguinte, instituir como acentua Gertz, a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível um controle do excesso (“*eine Übermasskontrolle*”).

De fato, o princípio da proporcionalidade constitui um valioso meio de interpretação e aplicação do direito, justamente porque permite solucionar

conflitos intersubjetivos sem restringir, ou restringindo minimamente, o direito de ambos, através de medida jurídica amparada na Constituição, uma vez que construída e fundamentada sob o pálio dos sub-princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, preservando a unidade do sistema jurídico-político.

Nessa linha, Suzana de Toledo Barros (1996, pp. 187-188) leciona:

Essa relação tão íntima entre a igualdade e a proporcionalidade levou vários autores a tentar unificar ambas as idéias sob um denominador comum. Não é estranho, em face disso, que alguns tenham sustentado em alguma ocasião que o princípio da igualdade consagra o princípio da proporcionalidade, o que não deixa de ser verdadeiro, quando se toma em consideração a necessidade de invocá-la como critério para a aferição da legitimidade da diferenciação de tratamentos a pessoas até então tidas em idêntica posição.

Por seu turno, Celso Antonio Bandeira de Melo (1999, p. 37) registra que “o ponto nodular para exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fator erigido como critério de discri-me e a discriminação legal decidida em função dele.”

Disso se extrai que o princípio da igualdade, para atingir a sua eficácia plena, vale-se do princípio da proporcionalidade, como elemento que permite balizar, de forma racional e concreta, se uma dada diferenciação de tratamento entre duas ou mais pessoas é adequada, necessária e proporcional, conferindo legitimidade e justiça ao fator de discri-me utilizado.

2. PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO

Corolário do princípio da igualdade, tem-se o princípio da não discriminação que consiste, justamente, em proibir a prática de tratamento privilegiado de uma pessoa em face da outra, de forma abusiva ou desproporcional.

De acordo com Jacutis (2006, p. 41): “discriminação é a distinção, intencional ou não, entre pessoas ou grupos em situações semelhantes, sem uma justificativa aceita pela sociedade, que redunde no prejuízo, de qualquer ordem, imposto a determinada pessoa ou grupo, ou no favorecimento indevido de outros”

O artigo primeiro da Convenção n. 111 da Organização Internacional do Trabalho²⁶⁴, que versa sobre discriminação no emprego e profissão, assim estabelece:

Art. 1, 1 – Para os fins da presente Convenção, o termo “discriminação” compreende:

a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria

²⁶⁴ Vide o sítio: <http://www.oit.org.br/convention> . Acessado em: 17.12.2012.

de emprego ou profissão;

b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

2 As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação.

O preceito em questão fornece elementos para compreender o que é a discriminação e quando ela não ocorre.

No primeiro caso, a norma fornece um rol exemplificativo de discriminação (distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social) e reconhece, por decorrência, “qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão”, o que é o caso, *v.g.*, também da chamada “discriminação etária” que será abordada adiante.

No segundo caso, agora trabalhando à luz do princípio da proporcionalidade, a norma em comento não considera discriminatória as distinções, exclusões ou preferências “fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego”.

Essas diretrizes, em linhas gerais, auxiliam o intérprete e o aplicador da normas para averiguar, no caso concreto, se há prática discriminatória, ou não, ou seja, se o critério utilizado para discriminar alguém é ilícito (fundado, *p. ex.*, na raça) ou se é lícito (fundado na qualificação específica exigida para um determinado emprego, *v.g.*, curso de nível superior em Direito para o emprego de Procurador Jurídico em determinada empresa).

No nosso sistema jurídico pátrio, a respeito do princípio da não discriminação, vale apontar a lição de Camino (2004, p. 332):

A Constituição da República consagra, topicamente, o princípio da não discriminação no trabalho, quanto a critérios de admissão, salários e natureza do trabalho, nos incisos XXX, XXXI e XXXII do art. 7. Em harmonia com a Carta Magna, a CLT consagra o mesmo princípio, em seu art. 5 e, especificamente, veda a discriminação salarial em seus arts. 461 e 358. Embora não haja consagração expressa, na legislação do trabalho, de um princípio universal de isonomia, este é inerente a qualquer atividade de grupo, uma espécie de direito natural da vida em comunidade. Sendo a empresa uma universalidade de pessoas, as relações entre elas deverá estar pautada por tal ideário.

Note-se, o simples fato do Direito proibir a discriminação (no sentido negativo da palavra) evidencia que a mesma existe, de diversas formas, devendo, por isso mesmo, ser combatida.

De fato, o inciso XXX do art. 7º da CF proíbe diferença de salário, de

exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

Por seu turno, o inciso XXXI do art. 7º da CF proíbe qualquer discriminação no tocante a salários e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

Ainda, o inciso XXXII do art. 7 da CF proíbe distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos.

Dos dispositivos constitucionais supra, extraem-se cinco tipos de discriminação não permitidas ou ilícitas: em razão do sexo, da idade, da cor, do estado civil, da deficiência (física ou mental) e da natureza do trabalho e do trabalhador (braçal, técnico ou intelectual).

Defende-se que o rol em questão, à luz do art. 1, 1, “b”, da Convenção OIT 111 é meramente exemplificativo, podendo haver outras formas de discriminação ilícitas, nos casos em que o motivo utilizado para o “discrímen” for considerado abusivo ou desproporcional.²⁶⁵

Nessa linha, vale transcrever a lição de Silva (1994, p. 203):

Além da base geral em que assenta o princípio da igualdade perante a lei, consistente no tratamento igual a situações iguais e tratamento desigual a situações desiguais, a Constituição *veda distinções de qualquer natureza* (art. 5, *caput*). As constituições anteriores enumeravam as razões impeditivas de discrimine: *sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas*. Esses fatores continuam a ser encarecidos como possíveis fontes de discriminações odiosas e, por isso, desde logo, proibidas expressamente, como consta no art. 3, IV, onde se dispõe que, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, está: *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*.

Todas essas formas de discriminações devem ser combatidas, por ser um desejo social contemplado na Constituição, que pugna por uma sociedade livre, justa, e solidária (art. 3, I, da CF).

Nessa linha, abordar-se-á, adiante, as chamada discriminação positiva, que tem, por intuito, justamente corrigir ou minimizar ditas discriminações.

²⁶⁵ Veja-se, por exemplo, a interessante obra de Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho, intitulada “Discriminação por Sobrequalificação”, onde o autor em tela considera como ilícita a discriminação que tenha por fator “unicamente a boa qualificação teórica e/ou profissional. Por fidelidade, colhe-se de suas palavras: “Pode-se então definir discriminação por sobrequalificação (ou discriminação em razão de qualificação profissional) como o tato de excluir previamente algum candidato de processo seletivo para obtenção de emprego, obstar o crescimento de um empregado dentro da empresa ou extinguir sua relação de emprego em razão unicamente de sua boa qualificação teórica e/ou profissional” (Boucinhas Filho, 2009, p.173).

3. DISCRIMINAÇÃO POSITIVA (OU AÇÕES AFIRMATIVAS)

A doutrina conhece duas formas de discriminação: a) a negativa, que diz respeito à discriminação ilícita, proibida em lei, v.g., por motivo de sexo, idade, cor, estado civil ou deficiência (física ou mental); b) a positiva, que é considerada lícita, e tem por escopo criar uma desigualdade, via de regra temporária, visando a igualar, juridicamente, pessoas que, materialmente, são desiguais. Essa desigualdade criada pode ser uma ação de inclusão ou um tratamento compensatório.

Como bem salienta Boucinhas Filho (2009, p. 149):

[...] as ações afirmativas (denominação derivada da expressão inglesa *affirmative actions*), também conhecidas como discriminações positivas (inspirada no termo francês *discrimination positive*) são a tônica do momento, em todo o mundo, no que se refere ao combate à discriminação e à promoção da igualdade. Desta feita, nenhum trabalho que se dedique ao tema pode prescindir de um capítulo dedicado ao seu estudo.

Segundo o glossário do ministério do Trabalho e Emprego²⁶⁶, ação afirmativa é uma estratégia de política social ou institucional voltada a alcançar a igualdade de oportunidades entre as pessoas, distinguindo e beneficiando grupos afetados por mecanismos discriminatórios como ações empreendidas em um tempo determinado, com o objetivo de mudar positivamente a situação de desvantagem desses grupos.

Sobre o tema, Boucinhas Filho (2009, p. 150) acrescenta:

As ações afirmativas tanto podem partir de iniciativas estatais quanto de iniciativas privadas, objetivando sempre a efetivação da igualdade de oportunidades, a indução de transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica, aptas a subtrair do imaginário coletivo a ideia de supremacia e de subordinação de uma raça em relação à outra. O elemento propulsor destas transformações seria o caráter de exemplaridade de que se revestem certas modalidades de ações afirmativas, a eliminação de efeitos psicológicos, culturais e comportamentais da discriminação do passado, que tendem a se perpetuar, a implantação de uma certa ‘diversidade’ e de uma ‘representatividade’ dos grupos minoritários nos mais diversos domínios de atividades pública e privada, a criação das chamadas personalidades emblemáticas, exemplos vivos de mobilidade social ascendente, que atuam como mecanismos de incentivo à educação e ao aprimoramento de jovens integrantes de grupos minoritários, que invariavelmente assistem ao bloqueio de seu potencial de inventividade, de criação e de motivação ao aprimoramento e ao crescimento individual.

Por seu turno, de acordo com Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2003, p. 185): “As ações afirmativas podem ser entendidas como medidas públicas e privadas, coercitivas ou voluntárias, implementadas na promoção/integração de

²⁶⁶ Vide site www.mte.gov.br, acesso em 17/09/2012.

indivíduos e grupos sociais tradicionalmente discriminados em função de sua origem, raça, sexo, opção sexual, idade, religião, patologia física/psicológica, etc.” Segundo Amauri Mascaro do Nascimento (2006, p. 381):

Não há necessidade de lei que as fundamente. Podem ser previstas por um programa de governo ou, mesmo sem este, por uma ação social. Desse modo, muitas vezes, quando não previstas em sua norma legal cominatória, carecem de exigibilidade jurídica e, não obstante, podem ter a criação ou ampliação de uma cultura de solidariedade ou de responsabilidade social. O trabalho voluntário é uma das suas alavancas, porém, por outros meios, também, podem concretizar-se. Uma empresa pode desenvolver ações afirmativas internas por sua iniciativa para implementar uma cultura propícia de combate à discriminação em suas diversas formas.

Como bem assenta Cruz (2003, p. 185-186) as ações afirmativas são atos de discriminação lícitos e necessários para o aperfeiçoamento da sociedade. Não são “esmolas” ou “clientelismos”, mas elemento essencial à conformação do Estado Democrático de Direito, sendo exigência em estados desenvolvidos, como os EUA, e em desenvolvimento, como o Brasil.

Há quem conteste a necessidade de ações afirmativas em Estados Sociais de Direito, como Brasil, já que, por professar o princípio da solidariedade (art. 3, I, da CF) a inclusão das minorias seria um corolário lógico.

De fato, em países liberais, como os EUA, o individualismo e a competição acirra as diferenças sociais, o que obriga o Estado a tomar ações afirmativas, para não deixar padecer as minorias, como é o caso dos negros, latinos, moradores de rua, etc.

Nos países que prometem políticas sociais, como é o caso do Brasil, em tese, não seria necessária a figura da ação afirmativa, posto que a inclusão de minorias, a proibição de discriminação e a solidariedade social já seriam ícones jurídicos integradores.

Todavia, na realidade prática, as discriminações no mundo do trabalho, como já visto, são presentes e correntes, o que exige ações afirmativas (ou discriminações positivas), muito embora o sistema jurídico-político já tivesse ferramenta suficiente para não ser necessária tais ações.

4. A DISCRIMINAÇÃO ETÁRIA NO DIREITO DO TRABALHO

Quando se fala de “Discriminação Etária”, o fator erigido para a discriminação é a idade do trabalhador. Como visto nas linhas pretéritas, discriminar alguém em virtude de sua idade é ilícito, ante a vedação do art. 3, IV e art. 7, XXX, ambos da CF.

Nada obstante, na realidade concreta do mundo do trabalho, a discriminação por motivo de idade é corrente e os alvos dessa discriminação são justamente os jovens, os “envelhescentes” e os idosos.

Os jovens, assim considerados na fase escolar (de 16 a 24 anos) normalmente, são discriminados em face da pouca ou nenhuma experiência profissional que possuem.

De fato, o que sucede na prática, é que que as empresas, já na oferta de emprego, estabelecem como critério de admissão a comprovação, por parte do jovem, de um tempo de experiência mínimo para o exercício da função, experiência essa que raramente possuem, o que acaba impedindo o seu ingresso no mercado formal de trabalho.

Consequentemente, a primeira experiência de muitos jovens no mundo do trabalho é o ingresso em atividades laborativas não formais, ou seja, sem vínculo de emprego; ou, na melhor das hipóteses, em vagas de estágio, o qual possui um leque de direitos bem inferior ao contrato de trabalho regido pela CLT.

Os poucos jovens que conseguem entrar no mercado formal de trabalho, em geral, são discriminados pelos seus colegas, pela inexperiência na atividade, o que não raro os expõem a situações humilhantes e, também, em face do salário normalmente inferior que recebem.

Essa realidade é bem apanhada por Silva, que ainda abarca o problema da discriminação do Idoso (1994, p. 205):

A idade tem sido motivo de discriminação, mormente no que tange às relações de emprego. Por um lado, recusa-se emprego a pessoas mais idosas, ou quando não, dá-se-lhes salários inferiores aos dos demais trabalhadores. Por outro lado, paga-se menos a jovens, embora para a execução de trabalho idêntico ao de homens feitos. A Constituição traz norma expressa proibindo diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de idade (art. 7, XXX). À vista desse texto fica interdito estabelecer idade mínima para o ingresso no serviço, como tem ocorrido até agora.

O Poder Público, visando minimizar a questão, criou a Lei do Primeiro emprego²⁶⁷, estabelecendo incentivos para que empresas contratem jovens sem experiência, incluindo-os no mercado formal de trabalho. Para tanto, o Governo, repassa subvenção pública a empresas cadastradas, incentivando-as a contratar jovens sem experiência.

A par disso, vale menção o art. 442-A da CLT, o qual estabeleceu a

²⁶⁷ Lei n. 10.748 de 22 de outubro de 2003, que cria o Programa Nacional de Estímulo ao Primeiro Emprego para os Jovens – PNPE, acrescenta dispositivo à Lei n. 9608, de 18 de fevereiro de 1998, e dá outras providências. O artigo 5º da Lei 10.748/2003 assim dispõe: “Fica o Poder Executivo autorizado a conceder subvenção econômica à geração de empregos destinados a jovens que atendam aos requisitos fixados no artigo 2º desta Lei. § 1º Os empregadores que atenderem ao disposto no artigo 4º A desta Lei terão acesso à subvenção econômica de que trata este artigo, no valor de 6 (seis) parcelas bimestrais de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais), por emprego gerado. § 2º No vaso de contratação de empregado sob o regime de tempo parcial, o valor das parcelas referidas no § 1º será proporcional à respectiva jornada. § 3º - revogado. § 4º A concessão da subvenção econômica prevista neste artigo fica condicionada à disponibilidade dos recursos financeiros, que serão distribuídos na forma definida pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

proibição de exigência de prazo de experiência superior a seis meses no mesmo tipo de atividade, para facilitar o ingresso do jovem no mercado de trabalho.

Essas duas medidas legislativas (primeiro emprego e diminuição do tempo de experiência exigível para a função) tratam-se, na linha do que foi visto nas linhas pretéritas, de ações afirmativas de iniciativa pública, adotadas para corrigir uma discriminação que os jovens quando tentam contrair o contrato de emprego.

Outro segmento de trabalhadores discriminados em razão da idade são os “envelhescentes”. A respeito, Lustoza (2006, p. 103) explica:

Trata-se de um processo discriminatório cujo fator originário é a idade, desqualificando o empregado com mais de 40 anos para assumir determinada função ou mesmo mantê-la, preferindo-se aos mais jovens. O novo perfil estabelecido pelo mercado de trabalho determina que os trabalhadores, ao atingirem essa idade, podem ser classificados como ‘velhos’, precisando ceder seu espaço aos que iniciam sua jornada nesse mercado.

Tais trabalhadores são discriminados por vários motivos.: a) por serem considerados experientes e críticos, fatores que pretensamente abalam o poder de comando do empregador, b) por possuírem patamar salarial mais expressivo, podendo ser substituídos por trabalhadores jovens que, em tese, prestam o mesmo serviço por menor salário, c) por serem considerados “pouco flexíveis”, d) por não absorverem as “novas tecnologias”.

Por trás desses fatores há, ainda, um interesse estratégico na despedida dos trabalhadores envelhescentes. É que ditos trabalhadores, no auge de sua experiência e do discernimento, passam a ser mais “críticos” e “reivindicadores”, questionando os supostos resultados dos “novos” processos produtivos e se insurgindo quanto a exploração do trabalho humano, com exigência de sobre trabalho sem a equivalente contraprestação.

Assim, esses trabalhadores envelhescentes, aos olhos do empregador, passam a ser um “incômodo”, para não dizer um “perigo”, devendo ser afastados do trabalho produtivo o quanto antes para não “contaminarem” com suas idéias “insurgentes”, os “novos” trabalhadores que irão impulsionar, sem maiores questionamentos, as engrenagens da empresa.

Dejours (2005, pp. 66-67) denomina essa prática de “apagamento dos vestígios”, descrevendo-a do seguinte modo:

O apagamento dos vestígios não consiste apenas em omitir os fracassos, em encobrir os acidentes do trabalho, pressionando os empregados a não os denunciarem, em sonegar informações sobre os acidentes que afetem a segurança das instalações ou em disfarçá-los sucessivamente. Consiste também, ao que parece, em apagar a lembrança de práticas do passado que possam servir de referência à comparação crítica com a época atual. Muitas são as fórmulas empregadas, mas parece que o maior obstáculo ao apagamento dos vestígios é a presença dos ‘antigos’, que possuem uma experiência de

trabalho acumulada ao longo de muitos anos. Em regra, a estratégia consiste em afastar esses atores das áreas críticas da organização, em privá-los de responsabilidades e até mesmo demiti-los.

Por outro lado, os “novos” e “tecnológicos” trabalhadores irão se submeter a tudo o que lhes for determinado, considerando-se que sabem da dificuldade em obter emprego, como acima visto, ante o grande contingente de desempregados que aguardam por uma oportunidade de emprego idêntica.

Por fim, tem-se o problema da discriminação dos idosos²⁶⁸ no mercado de trabalho.

Esse segmento de trabalhadores sofre discriminação tanto no acesso quanto na permanência no trabalho, em moldes semelhantes ao do trabalhador “envelhescente”.

Com efeito, no que tange ao acesso, exemplifica-se com os trabalhadores idosos aposentados, os quais, ante o baixo valor dos benefícios previdenciários que recebem, se vêem obrigados a retornar ao mercado de trabalho para agregar os ganhos familiares; contudo, ao tentar, esbarram no problema da discriminação.

Com isso, submetem-se a trabalhos informais ou são obrigados a aceitar postos de trabalho que subestimam a sua verdadeira capacidade ou qualificação técnica.

No que tange à permanência no emprego, Jacutis (2006, p. 170) ao estudar o V. Acórdão proferido pela 5ª Turma do TST no autos do processo TST – RR – 462.888/1988.0, da lavra do MM Juiz Relator Convocado André Luis Moraes de Oliveira, publicado no DJ de 26.9.2003, lança o seguinte comentário:

A Quinta Turma do TST decidiu pela reintegração do reclamante, que foi despedido porque, nos moldes de prática costumeira da empresa, atingiu a idade de sessenta anos. A primeira observação a se fazer aqui diz respeito à forma pela qual se manifestou a conduta discriminatória da empresa. O leito pode estar se perguntando, como eu me perguntei, porque sessenta anos? Quem fixou essa idade e quais os parâmetros que utilizou para considerar que o trabalhador deixaria de trabalhar de forma que interessasse à empresa após essa idade? Esse tipo de decisão arbitrária, sem amparo em critério algum, que não o mero palpite do empregador, é que caracteriza a prática discriminatória baseada em estereótipos. Assim, o empregador, baseando-se no estereótipo que a pessoa com sessenta anos já se encontra mental e fisicamente debilitada, decide criar norma que impossibilite a continuidade do contrato de trabalho desse tipo de trabalhador. Mas, com o desenvolvimento da tecnologia, tornando os trabalhos em geral menos físico e mais intelectual e da medicina, criando todo o tipo de recursos para que a vida se prolongue – e se prolongue com qualidade –, inúmeros são os trabalhadores que continuam em plena atividade com tremendo sucesso, após os sessenta anos. O presidente Luiz Inácio Lula da Silva nasceu

²⁶⁸ Para o fim desse estudo, considera-se idosa a pessoa com idade igual ou superior a 60 anos, na linha do art. 1 da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso).

em 27 de outubro de 1945, completando sessenta anos no meio do mandato presidencial. Em 1981, Ronald Regan transformou-se no homem mais velho a ser presidente dos Estados Unidos, duas semanas antes de completar setenta anos e trabalhou por mais oito anos nessa função, mesmo após sofrer um atentado, levando um tiro a centímetros do coração. O Papa Bento XVI assumiu a Igreja Católica com quase oitenta anos, após a morte de João Paulo II. Todas essas pessoas desempenham ou desempenharam funções importantes, com inúmeras responsabilidades, sem embargo de possuírem, no conceito da empresa do acórdão transcrito, idade impeditiva. Por outro lado, pessoas com muito menos de sessenta anos, por vezes vítimas de doenças degenerativas, não conseguem, a partir de certo momento, desempenhar trabalhos mais complexos. Qual a conclusão que se impõe desse quadro? A resposta parece ser que as decisões baseadas em estereótipos não têm razão de ser e devem ser evitadas.

Em que pese o comentário do autor supra citado ser auto-explicativo, cumpre-se registrar, em fidelidade ao que foi visto nos tópicos anteriores, que fixar a idade, sem qualquer outra justificativa, como fator discriminatório é ilícito, ficando evidente que, no caso telado (despedida pelo fato de completar 60 anos), trata-se de situação desproporcional, que fere a isonomia de tratamento entre trabalhadores.

Então, é imperiosa a edição de leis e políticas públicas que promovam a inclusão e a permanência de trabalhadores envelhescentes e idosos no mercado de trabalho, colocando o avanço tecnológico a serviço do homem e não o contrário, preservando os empregos e proporcionando adaptações e treinamentos a esses trabalhadores para que, gradativamente, possam dominar as novas práticas e, diante da experiência acumulada, sugerir novas possibilidades e melhorias no desenvolvimento do trabalho e do processo produtivo, em benefício da própria empresa. Uma espiral positiva e ascendente, calcada na valorização do trabalho humano, como de resto determinam o artigo 1º, III, e artigo 170, ambos da Constituição.

Tais ações afirmativas (discriminação positiva) são possíveis e nada mais são do que a prática daquilo que a própria Constituição promete: proteger e promover a dignidade da pessoa humana. Nessa linha, Sarlet (2004, p. 111) observa: “[...] o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade dos indivíduos”.

Prova de que tais políticas são possíveis é a edição do recente Estatuto do Idoso, que manda o Poder Público criar e estimular programas de inclusão de trabalhadores idosos no mercado de trabalho, observadas as suas realidades específicas²⁶⁹.

²⁶⁹ Vide Lei 10.741 de 1º/10/2003, que institui o Estatuto do Idoso. Eis os artigos do referido estatuto que versam sobre proteção do trabalho e políticas públicas de inclusão: Artigo 26. O idoso tem direito ao exercício de atividade profissional, respeitadas suas condições físicas, intelectuais e psíquicas. Artigo 27. Na admissão do idoso em qualquer trabalho ou emprego, é vedada a discriminação.

Digna de nota, também, são algumas ações do Poder Público visando reparar contratações discriminatórias que afastam os trabalhadores envelhecidos do mercado de trabalho²⁷⁰, contudo, ainda insuficientes. É necessário, pois, estender políticas semelhantes a todos os trabalhadores que, direta ou indiretamente, por força da discriminação etária, ficaram desempregados ou tiveram os seus contratos de trabalho precarizados.

Para finalizar, cumpre ainda tecer breves comentários sobre a lei 9.029/95, que constitui importante ferramenta de combate contra a discriminação etária.

O artigo primeiro da lei em tela proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvando, neste caso (idade), as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7 da Constituição Federal.

Como se pode perceber, dito preceito está em sintonia com a Convenção OIT 111, o art. 3, IV, da CF, e art. 7, XXX, da CF, posto que proíbe qualquer prática discriminatória para admissão e permanência do trabalhador no emprego, apenas arrolando, exemplificativamente, casos mais corriqueiros de discriminação ilícita, entre elas, a etária (em razão da idade do trabalhador).

O artigo 3 da Lei em comento, por seu turno, comina multa administrativa de dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevado em 50% (cinquenta por cento) em caso de reincidência da prática discriminatória. Além disso, o dispositivo em tela proíbe o autor do ato discriminatório de obter

minação e a fixação de limite máximo de idade, inclusive para concursos, ressalvados os casos em que a natureza do cargo o exigir. Parágrafo único. O primeiro critério de desempate em concurso público será a idade, dando-se preferência ao de idade mais elevada. Artigo 28. O Poder Público criará e estimulará programas de: I – profissionalização especializada para os idosos, aproveitando seus potenciais e habilidades para atividades regulares e remuneradas; II – preparação dos trabalhadores para a aposentadoria, com antecedência mínima de 1 (um) ano, por meio de estímulo a novos projetos sociais, conforme seus interesses, e de esclarecimento sobre os direitos sociais e de cidadania; III – estímulo às empresas privadas para admissão de idosos ao trabalho.

²⁷⁰ A propósito, vale citar trecho da matéria publicada na Revista “Tribuna 12”, do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, SC, intitulada “Obstáculo do tempo”, redigida por Clayton Haviaras Wosgrau, Letícia Cemim e Vanderlei Ricken: “Contratação Reparatória. Se na contratação de executivos a discriminação por faixa etária pode aparecer de forma mais velada, nos anúncios dos classificados a limitação por idade é escancarada. Foi o que constatou o Núcleo Igualdade no Trabalho da Delegacia Regional do Trabalho (DRT) do Rio Grande do Sul, que há três anos vem fiscalizando ofertas de empregos publicadas nos jornais. ‘Encontramos restrição nos anúncios inclusive para pessoa acima de 35 anos de idade’, conta a coordenadora do núcleo, a auditora-fiscal do trabalho Ana Maria Costa. Ao invés de simplesmente punir as empresas, a DRT gaúcha optou por uma solução pedagógica: a contratação reparatória. As empresas fiscalizadas assumem um termo de compromisso com o órgão estatal que prevê a contratação de uma pessoa acima de 50 anos para cada anúncio restritivo. ‘Os pré-requisitos para essas contratações são os mesmos elencados no anúncio, só que sem a limitação de idade’, explica a auditora. Só em 2006, forma firmados 56 termos de compromisso e realizadas 309 contratações reparatórias. Em razão dessa iniciativa, a DRT teve que autuar apenas cinco empresas no mesmo ano”. (2007, p.11)

financiamentos junto a instituições financeiras oficiais.

O art. 4 da Lei em tela, por fim, autoriza ao empregado que teve o seu contrato rompido por ato discriminatório, sem prejuízo de vindicar danos morais decorrentes, optar entre: a) a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente acrescidas dos juros legais; b) a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

Como se evidencia, a Lei em debate, para além de considerar ilícita a discriminação etária, prevê severas medidas contra o empregador que adotar tal prática, medidas essas que vão desde de aplicação de multa administrativa expressiva e proibição de contrair empréstimo perante bancos oficiais até a obrigação de readmitir o empregado com pagamento dos salários do período de afastamento ou indenizar, ao empregado, o período de afastamento em dobro.

Tais medidas, que não excluem eventual demanda objetivando a reparação por dano moral por parte do empregado, têm nítida finalidade de demover o empregador da prática de ato discriminatório, nomeadamente, a discriminação etária, objeto deste estudo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição garante o direito à igualdade formal e material e o princípio da proporcionalidade auxilia na aplicação e interpretação desse direito, ajudando a estabelecer até que ponto as partes são iguais ou desiguais, bem como a proporção da medida a ser aplicada para nivelar, o mais possível, as partes envolvidas no caso concreto.

A própria Constituição indica, de maneira exemplificativa, várias formas de discriminação, sendo as mais corriqueiras por motivo do sexo, da idade, da cor/raça, do estado civil e do estado físico/psíquico da pessoa. A Carta proíbe todas elas, mas, no plano prático, continuam acontecendo, pelos motivos mais variados.

O ponto nodal deste estudo foi justamente a figura da “discriminação etária”, ou seja, aquela que decorre da idade do trabalhador. As principais vítimas dessa modalidade de discriminação são os jovens, os envelhescentes e os idosos.

Os fatores dessa discriminação são diversos, v.g., falta de experiência dos jovens; espírito crítico e salários mais expressivos dos envelhescentes e idosos. Mas, esses fatores, no mais das vezes, constituem-se meros estereótipos, que não resistem a uma análise de proporcionalidade, restando apenas a idade, pura e simples, como fator de discriminação, o que é ilícito perante o nosso sistema jurídico.

Para combater a discriminação etária vem sendo implantada a figura da discriminação positiva, também conhecida como ações afirmativas. Tal modalidade de discriminação, que é lícita, tem por escopo criar condições de parificação

da pessoa discriminada em relação à pessoa dita não discriminada.

Essa parificação pode ocorrer de várias maneiras, em especial incentivos públicos e privados para contratação e permanência no emprego de jovens, envelhescentes e idosos e regras para impedir ou punir a despedida discriminatória desses trabalhadores.

REFERÊNCIAS

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. *Discriminação por sobrequalificação*. São Paulo: Ltr, 2009.

CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoa portadoras de deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DEJOURS, Christophe. *A banalização da injustiça social*. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

JAKUTIS, Paulo. *Manual de estudo da discriminação no trabalho*. São Paulo: Ltr, 2006.

LUSTOZA, Daniela. *Mercado de trabalho e discriminação etária: a vulnerabilidade dos trabalhadores “envelhescentes”*. São Paulo: Ltr, 2006.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1999.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 3. ed. rev., atual., e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9.,

