

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Rodrigo Vieira das Neves de Arruda

***Welfare State* do Século XXI:
O Capitalismo Solidário**

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo

2018

Rodrigo Vieira das Neves de Arruda

***Welfare State* do Século XXI:
O Capitalismo Solidário**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, área de concentração: Direito Constitucional, sob a orientação da Profa. Dra. Maria Garcia

São Paulo

2018

Autorizo exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta Dissertação de Mestrado por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos

Assinatura _____

Data _____

e-mail _____

A793W Arruda, Rodrigo Vieira das Neves de
Welfare State do Século XXI: O Capitalismo Solidário /
Rodrigo Vieira das Neves de Arruda. -- São
Paulo: [s.n.], 2018.
226p. il. ; 29,7 X 21 cm.

Orientador: Maria Garcia.
Dissertação (Mestrado em Direito) -- Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos
Pós-Graduados em Direito, 2018.

1. Direito Constitucional. I. Garcia, Maria. II. Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos
Pós-Graduados em Direito. III. Título.

CDD 340

Rodrigo Vieira das Neves de Arruda

***Welfare State* do Século XXI:
O Capitalismo Solidário**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, área de concentração: Direito Constitucional, sob a orientação da Profa. Dra. Maria Garcia

Aprovado em _____ / /

BANCA EXAMINADORA

Ainda que perdida aquela força dos dias de outrora, que movia céus e terra; somos o que somos; uma coragem única nos corações heroicos, enfraquecidos pelo tempo e pelo destino, mas fortes na disposição para lutar, procurar, buscar e jamais se render

(trecho de Ulysses - 1842)

Tennyson

AGRADECIMENTO

Agradeço ao CNPq que viabilizou financeiramente a realização da dissertação

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus que permitiu que isso acontecesse, e sempre me protegeu e guardou ao longo de minha vida.

À PUC-SP, seu corpo docente, direção e administração pela excelência do curso oferecido e pelos anos de convivência harmônica.

Ao CNPq que viabilizou financeiramente a realização da dissertação

A minha orientadora, Professora Maria Garcia pelo convívio, pelo apoio, pela compreensão, por toda a ajuda e incentivo não apenas durante a orientação deste trabalho, mas durante todo o curso.

Ao Professor Marcelo Figueiredo, de quem tive a honra de ser aluno, sempre aberto a ajudar e aconselhar os alunos em seu crescimento acadêmico, e que gentilmente aceitou o convite para compor minha banca.

Ao Professor Jerson Carneiro, que abriu meus horizontes ainda na graduação, que sempre me incentivou a ingressar no mestrado e gentilmente aceitou o convite para compor minha banca.

Ao Professor Paulo de Barros Carvalho que me introduziu no mundo da reflexão sobre o direito e a lógica.

Aos Professores que muito contribuíram para meu crescimento e aprimoramento acadêmico, em especial Robson Maia Lins, Clarice Von Oertzen de Araújo, Lucas Galvão de Britto, Silvio Luis Ferreira da Rocha, Fabiana del Padre Tomé e Wagner Balera.

Ao Dr. Antônio Lôbo e Campos que muito me auxiliou na elaboração deste trabalho e contribuiu, com quem partilhei o que era o embrião daquilo que veio a ser esse trabalho. Certo de que nossas conversas foram fundamentais para desenvolvimento desta dissertação e para o meu crescimento pessoal e profissional.

À minha família, por sempre acreditar e investir em mim. Mãe, seu cuidado e dedicação que deram em alguns momentos a esperança para seguir. Pai, seu apoio significou segurança e certeza de que não estive sozinho nessa caminhada.

Aos amigos com quem convivi ao longo do mestrado, e que sem dúvida contribuíram enormemente para que estes anos passassem tão rapidamente.

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar o fim do Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*), e o surgimento do modelo Neoliberal e a retirada de diversas obrigações do Estado para com os cidadãos, do ordenamento jurídico e dos planos de governo nos mais diversos países. Adentrando no caso brasileiro, verifica-se que a Constituição Federal de 1988 foi na contramão do Neoliberalismo quanto aos direitos sociais, estabelecendo uma série de dispositivos que assegurem aos indivíduos todo o básico necessário para a sua existência digna. Assim, o presente trabalho verifica ser necessário um novo modelo de Estado que consiga compatibilizar a liberdade de mercado do modelo neoliberal com os direitos sociais do *Welfare State*, de modo a se cumprir com os preceitos constitucionais. Para tanto, parte-se do Conceito de Estado, bem como suas origens e evolução, desde o Absolutismo até o Neoliberalismo, passando pelo Estado Liberal Clássico e o *Welfare State* ou Estado Social. Posteriormente, são abordadas as Constituições Sociais, a Ordem Econômica e Social na Constituição de 1988, o princípio da solidariedade na Constituição, o capitalismo solidário na visão da economia. Por fim, apresenta-se o setor petrolífero brasileiro, com sua regulação e sua importância no desenvolvimento da proposta de Capitalismo Solidário.

Palavras-chave: Estado Social (*Welfare State*). Neoliberalismo. Constituição Econômica. Direitos Sociais. Princípio da Solidariedade.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the end of the Welfare State, and the emergence of the Neoliberal model and the withdrawal of various obligations of the State towards citizens, the legal order and government plans in the most several countries. Moving on to the Brazilian case, it can be seen that the Federal Constitution of 1988 was against Neoliberalism as far as social rights are concerned, establishing a series of devices that assure citizens of the basics necessary for their dignified existence. Thus, the present work verifies that a new model of state is needed that can reconcile the market freedom of the neoliberal model with the social rights of Welfare State, in order to comply with the constitutional precepts. To do so, it starts from the Concept of State, as well as its origins and evolution, from the absolutism to the Neoliberalism, passing through the Classic Liberal State and the Welfare State or Social State. Subsequently, the Social Constitutions, the Economic and Social Order in the Constitution of 1988, the principle of solidarity in the Constitution, solidarity capitalism in the economic view are discussed. Finally, the Brazilian oil sector, with its regulation and its importance in the development of the proposal of Solidary Capitalism.

Keywords: Welfare State. Neoliberalism. Economic Constitution. Social rights. Principle of Solidarity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. CAPÍTULO I CONCEITO, ORIGENS E EVOLUÇÃO DO ESTADO	14
1.1. SOBRE O CONCEITO DE ESTADO	14
1.2. FILOSOFIA POLÍTICA E AS ORIGENS DO ESTADO	18
1.3. TEORIAS SOBRE AS ORIGENS DO ESTADO	24
1.4. O ESTADO MODERNO: DO ABSOLUTISMO AO ESTADO NEOLIBERAL	32
2. CAPÍTULO II CONSTITUIÇÕES SOCIAIS E O CONTEXTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988	59
2.1. CONSTITUIÇÕES SOCIAIS NO DIREITO COMPARADO	59
2.2. O PANORAMA GEOPOLÍTICO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988	65
3. CAPÍTULO III A ORDEM ECONOMICA E SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	69
3.1. A CONSTITUIÇÃO ECONOMICA	69
3.2. OS DIREITOS SOCIAIS	99
3.2.1. OS DIREITOS SOCIAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	103
3.2.2. O CUSTEIO PREDOMINANTE ESTATAL E O “MITO DO GOVERNO GRÁTIS”	122
4. CAPÍTULO IV PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	131
5. CAPÍTULO V CAPITALISMO SOLIDÁRIO NA ECONOMIA	140
6. CAPÍTULO VI NEOLIBERALISMO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: O CAPITALISMO SOLIDÁRIO	147
6.1. O CAPITALISMO COMO O MODELO ECONOMICO DE ESTADO	147
6.2. O SETOR PETROLÍFERO BRASILEIRO: UM MODELO A SER SEGUIDO	149
6.2.1. A REGULAÇÃO DO SETOR PETROLÍFERO NO BRASIL E SEU CARÁTER SOCIAL	177
6.3. UMA PROPOSTA DE CAPITALISMO SOLIDÁRIO	177
CONCLUSÃO	209
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	210

INTRODUÇÃO

Quando se toma conhecimento de Hans Kelsen e sua Teoria Pura do Direito, a qual prega que o objeto de investigação do cientista do direito - jurista- seria tão somente o Direito Positivo, pode-se achá-la reconfortante, pois diversos problemas de ordem moral, sociológica, política e etc. passam a deixar de ser preocupação do mundo da ciência do direito.

Até mesmo a concepção de Justiça passa a ser extremamente simplista, pois o que está de acordo com a Lei justo será para o Direito, independentemente de efetivamente sê-lo na prática. Retorna-se ao adágio latino *dura lex, sed lex*, pois que em sendo a lei válida, vigente e eficaz nada mais haveria que discutir-se sobre os reflexos de sua aplicação¹.

Nesse momento pode-se ter inclinação de aderir ao positivismo kelseniano, e durante boa parte da vida pode-se tranquilamente afirmar ser positivista, e quando indagado a respeito da justiça de um instituto do direito positivo, ou de uma decisão judicial, simplesmente responder que o importante para o direito é a sua conformidade com o ordenamento positivo. Completando que as questões ligadas à justiça seriam de competência da sociologia jurídica ou da filosofia do direito, mas não essencialmente da ciência do direito.

Quando se ingressa na Faculdade de Direito no Brasil, grande parte do programa das instituições, concentram no primeiro semestre disciplinas propedêuticas (tais como Filosofia Geral, Fundamentos de Economia, Psicologia, Ciência Política, Sociologia, Língua Portuguesa, História do Direito e etc.), e a única disciplina efetivamente jurídica costuma ser a Teoria Geral do Direito. Dentro dessa disciplina, aborda-se a temática dos jusnaturalismo e do juspositivismo, com a observação de que o primeiro era considerado

¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

superado pela maioria dos juristas, e que a teoria atualmente aceita é a segunda. Pois bem, e o jurista mais referenciado, para não dizer o único, é justamente Hans Kelsen.

Assim, na ânsia de escolher um modelo a ser seguido no estudo do direito, isto é, uma linha filosófica, grande parte dos estudantes diz-se kelseniana, procurando aprofundar a obra desse autor.

Conforme o tempo avança, e tem-se que estudar Economia Política, e a relação entre Economia e Direito fica claro o conflito entre a teoria kelseniana e a indissolubilidade entre Direito e Economia, que pode ser encontrada na relação entre os Direitos Sociais e a Reserva do Possível.

Nesse contexto, tem-se que é impossível para um jurista, que busque desenvolver uma teoria minimamente aplicável, separar o Direito da Economia. E que os reflexos econômicos das normas jurídicas devem ser objeto de estudo do Direito, pois em não o sendo se poderia estar criando normas jurídicas manifestamente inexecutáveis, sem que houvesse a menor percepção disso por parte dos operadores do direito.

O que merece ainda ser registrado, é que o embrião da ideia ora desenvolvida, foi justamente a Reserva do Possível, pois ao deparar-se com o tema, por mais que se tome caminhos distintos sempre se chega à mesma questão: se a Constituição garante os Direitos Sociais, o Estado não poderia alegar falta de recursos orçamentários para sua não efetivação?

Daí o porquê de desenvolver, no presente trabalho, uma proposta de capitalismo solidário, com gestão compartilhada entre o Setor Público (Estado) e o Setor Privado.

Para tanto, parte-se do conceito de Estado, bem como suas origens e evolução, desde o Absolutismo até o Neoliberalismo, passando pelo Estado Liberal Clássico e o *Welfare State* ou Estado Social. Posteriormente, no capítulo 2, são abordadas as Constituições Sociais, desde o aspecto histórico, passando pelo Direito Comparado, chegando à Constituição do Brasil de 1988. Em sequência, no capítulo 3, trabalha-se a

Ordem Econômica e Social na Constituição de 1988, trazendo a Constituição Econômica e os direitos sociais.

A seguir, tem-se o capítulo 4, tratando do princípio da solidariedade na Constituição. Passado isto, tem-se o capitalismo solidário na visão da economia, com a teoria da economia solidária de Paul Singer no capítulo 5. Por fim, no capítulo 6 apresenta-se o setor petrolífero brasileiro, com sua regulação e sua importância no desenvolvimento da proposta de Capitalismo Solidário, e traz-se a proposta de Capitalismo Solidário como uma forma de Gestão Compartilhada entre o Setor Público e o Privado, bem como a necessidade de uma reforma tributária, e a problemática do controle da Administração Pública.

CAPÍTULO I

CONCEITO, ORIGENS E EVOLUÇÃO DO ESTADO

1.1. SOBRE O CONCEITO DE ESTADO

Para que seja possível analisar o Estado do Bem-Estar Social, sua contribuição para a positivação dos direitos sociais, e sua posterior crise, é necessária a consolidação de um conceito de Estado, e a relação entre os modelos existentes durante a “evolução do Estado Moderno” com a economia.

Conforme o Dicionário Aurélio, as concepções mais usuais de Estado são “estágio”, “fase”, “maneira de ser ou de se apresentar” e “nação politicamente organizada”². A origem romana do termo Estado, por sua vez, deriva do substantivo latino “*status*”, que, por sua vez, tem sua etimologia no verbo “*stare*” que significa “estar firme”³. Nesse sentido, temos que “Estado” para o Império Romano era um termo com alto enfoque político, remetendo à ideia de estabilidade⁴.

Na mesma direção, deve-se recordar que Maquiavel, um dos precursores da ciência política e primeiro sistematizador dos fundamentos do Direito Público moderno, foi o primeiro a introduzir o termo “Estado” na literatura científica, em seu clássico escrito de 1513 – “O Príncipe”⁵. Toda a obra do autor Italiano gira em torno do Estado, pois sua preocupação consistia em elaborar, com base no mundo real, o melhor modelo de Estado, capaz de impor a ordem, tendo como ponto de partida e chegada a realidade concreta. Isso porque, o grande objetivo de Maquiavel era a instauração de um modelo de Estado que pusesse fim ao ciclo de instabilidade e caos reinante em seu tempo⁶.

² **Dicionário Eletrônico Aurélio** Versão 5.0.18.

³ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Globo, 2008. Pág. 23.

⁴ MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. São Paulo: Hemus. 1977. p. 11.

⁵ *Op. Cit.*

⁶ WINTER, Lairton Moacir. **A concepção de Estado e de poder político em Maquiavel**. Toledo: Tempo da Ciência, 2006.

Retornando à busca por um conceito, registre-se que Cláudio De Cicco e Álvaro de Azevedo Gonzaga formulam um conceito de Estado com tríplice enfoque – sociológico, político e jurídico. Nas palavras dos Autores:

Uma definição abrangente de Estado seria uma instituição organizada política, social e juridicamente, que ocupa um território definido e, na maioria das vezes, sua lei maior é uma Constituição escrita. É dirigido por um governo soberano reconhecido interna e externamente, sendo responsável pela organização e pelo controle social, pois detém o monopólio legítimo do uso da força e da coerção⁷.

Sob o primeiro aspecto, sociológico, os Autores, lecionam que o ente estatal representa a convergência de todos os atores sociais, com representatividade, existentes em certo território. Sua finalidade consiste em dar segurança e promover o interesse comum dos homens por meio da conjugação de todas as suas forças. Sob tal ótica, o Estado é uma síntese dos ideais existentes dentro de si. Apenas lembrando que para ser possível atingir seus ideais, o ente estatal deve apresentar-se aos indivíduos e à sociedade como poder de mando, como governo e dominação⁸.

Quanto ao aspecto político, o Estado sedia o poder político. Assim, ao longo do tempo, o poder político passou a ter no Estado a sua expressão mais alta, estando ambos indissolúvelmente ligados. Em razão disso, o Estado representa o poder institucionalizado, que deve sempre garantir a liberdade dos cidadãos, de acordo com os seus desejos legítimos, mediante normas jurídicas de público acesso⁹. Também cabe ao Estado atuar no sentido de realizar o bem público, com governo e território próprios¹⁰. Nessa linha, Marcelo Figueiredo nos ensina que:

O Estado é uma organização jurídico-política, formada de povo, território e soberania. Todo Estado é um organismo político. Sob o ângulo jurídico, titular de direitos e obrigações na órbita internacional e interna, fruto de sua criação e de seu direito¹¹.

⁷ DE CICCIO, Cláudio; GONZAGA, Álvaro de Azevedo. **Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. pág. 43.

⁸ *Op. Cit.* Pág. 44.

⁹ *Op. Cit.* Pág. 44/45.

¹⁰ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

¹¹ FIGUEIREDO, Marcelo. **Teoria Geral do Estado**. Atlas. 2ed. São Paulo. 2007. Págs. 42/43.

Nessa estrada, Darcy Azambuja traz o aspecto político ao abordar o Estado Moderno, tema que iremos adentrar mais a frente. Diz Darcy Azambuja:

O Estado Moderno é uma sociedade à base territorial, dividida em governantes e governados, e que pretende, nos limites do território que lhe é reconhecido, a supremacia, sobre todas as demais instituições. De fato, é o supremo e legal depositário da vontade social e fixa a situação de todas as outras organizações¹²

Desse modo, pode-se verificar que o caráter político do Estado, consiste na função de coordenar os indivíduos e seus interesses em razão de finalidades a serem atingidas, impondo a escolha dos meios adequados. Para tanto, é preciso, antes de qualquer coisa, identificar as necessidades preponderantes do povo, considerando-se as aspirações de progresso. Isso, sem nos esquecermos de equilibrar as necessidades dos indivíduos e as da coletividade¹³.

No tocante ao terceiro, e último aspecto, o jurídico, o Estado torna-se uma instituição destinada a manter, pela aplicação do direito, as condições universais de ordem social. Torna-se, com isso, produtor de normas jurídicas e também sujeito de direito¹⁴.

Com o desenvolvimento de teorias que buscavam delinear uma definição de Estado, cada vez mais ganha relevo a noção do Estado como ordem jurídica, com a peculiaridade de que, sendo uma ordem, o Estado vive nela e a ela se submete, fazendo com que seja respeitado por todos os indivíduos e pelos demais Estados. Dalmo de Abreu Dallari expõe este aspecto do Estado ao preceituar:

Aí está um dos grandes problemas do Estado contemporâneo: ele existe em função dos interesses de todos os indivíduos que o compõem, e para o atendimento desses interesses busca a consecução de fins gerais; visando atingir esses objetivos, ele exerce um poder que pretende alcançar o máximo de eficácia, sobrepondo-se a todos os demais poderes e submetendo até aqueles que lhe dão existência; ao

¹² AZAMBUJA, Darcy **Teoria Geral do Estado**. Ed. Globo. Porto Alegre. 1963. Pág. 6.

¹³ *Op. Cit.*

¹⁴ *Op. Cit.*

mesmo tempo, é a expressão suprema da ordem jurídica, assegurando a plena eficácia das normas jurídicas, mesmo contra si próprio¹⁵.

A importância do Direito para o Estado reside no fato dele permitir passar da simples coexistência à coesão e transformar o uso da força, de mera situação fática em monopólio institucionalizado.

Retornando à busca por uma definição de Estado, pode-se identificar que a dificuldade de se encontrar efetivo conceito, não esbarra apenas em problemas de ordem semântica, mas, sobretudo, jurídico. Isto significa que o Estado, em primeiro lugar, deve ser examinado em relação aos vários ordenamentos jurídicos existentes uma vez que, cada um deles em abstrato, poderá assumir um conceito diverso de Estado, de acordo com a cultura, as peculiaridades e os acontecimentos históricos de cada país.

Para além da problemática envolvendo o ordenamento jurídico adotado por cada um dos Estados, a busca de uma definição varia de acordo com o ponto de vista assumido por cada uma das escolas doutrinárias, em virtude da ênfase dada a cada um dos seus enfoques.

Outra questão que dificulta a conceituação de Estado é o mau uso dos termos “nação” e “Estado”, principalmente por políticos e a população em geral. Muitas vezes tem havido o emprego errôneo desses vocábulos em artigos na imprensa escrita e discursos políticos, apesar de possuírem significados distintos. José Geraldo Brito Filomeno esclarece a diferença entre nação e Estado:

O Estado, forma mais complexa ainda do que nação, surgirá quando o poder for institucionalizado. Ou seja: quando houver clara definição a respeito do núcleo do poder (Governo) da sociedade (geralmente uma nação, ou mais de uma), bem como das fontes subjetivas e objetivas das normas de conduta – aqui entendidas como os órgãos que as criam – e as normas efetivamente no que tange à sua forma e característica; então nós podemos dizer que nesse momento nasce o Estado¹⁶.

¹⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do Estado**. 2ed. São Paulo: Saraiva. 2007. Págs. 48/49.

¹⁶ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. 6 ed. Rio de Janeiro:Forense Universitária. 2006. pág. 65.

O vocábulo “nação” deriva do verbo latino *nascere*, referindo-se, portanto ao conjunto de pessoas de mesma origem racial e que comungam uma mesma unidade étnica, cultural, herança histórica e destino comum¹⁷.

Portanto, nação é uma realidade sociológica, de ordem subjetiva, representada por um conjunto de pessoas unidas em razão dos mesmos traços socioculturais constituindo-se, pois, num “Estado em potencial”, como nos ensina Clóvis Bevilacqua. A nação é considerada o pré-estágio do Estado¹⁸.

O Estado, por sua vez, é uma realidade jurídica, de ordem objetiva, representando a nação politicamente organizada. O Estado é a nação encarada sob o prisma de sua organização política.

1.2. FILOSOFIA POLÍTICA E AS ORIGENS DO ESTADO

Antes de se adentrar propriamente as teorias acerca da origem do Estado, devemos observar a evolução filosófica do tema, desde o Estado Ideal de Platão, passando pelo Estado Real de Hegel, chegando à Modernidade.

O imaginário ideal de Platão de um Estado baseado na forma e não na essência, traz a ideia de que o mundo real é o mundo das ideias, por via de consequência, emergindo a noção do Governo dos Sábios. Em sua reflexão indaga a si mesmo sobre a condição humana que os acorrentava em uma *caverna*, e diante disso, imaginou ampla forma de libertação quando lançados mesmo forçosamente a ver e imergir a uma nova realidade, fato revelado em sua obra *o Mito das Cavernas*¹⁹.

Com a morte de Platão, seria natural se pensar que Aristóteles, por ser extremante qualificado, assumiria a direção da Academia. Seu nome, entretanto, foi preterido por ser considerado estrangeiro pelos atenienses. Aristóteles, por volta de 335

¹⁷ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Globo, 2008.

¹⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do Estado**. 2ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

¹⁹ PLATÃO. **A República**, Livro VII. Aproximadamente 380-370 a.C.

a.C. fundou a sua própria escola filosófica, que passou a ser conhecida como Liceu, em homenagem ao deus Apolo Lício²⁰.

Segundo Aristóteles, a finalidade básica das ciências seria desvendar a constituição essencial dos seres, procurando defini-la em termos reais. Ao abordar a realidade, reconhecia a multiplicidade dos seres percebidos pelos sentidos. Assim, tudo o que vemos, pegamos, ouvimos e sentimos é aceito como elemento da realidade sensível, rejeitando a teoria das ideias de Platão²¹.

No campo político sustentou que a política é uma amplitude da moral e que a melhor forma de Governo é a *Politéia*, uma espécie de democracia. Ademais, revelou existirem outras formas governamentais: a Oligarquia, a Tirania e a Democracia Pura, essa última caracterizada como a melhor dentre as piores²².

Avançando no tempo, deve-se se deter na queda do Império Romano, decorrente, em grande parte, das invasões germânicas. Nesse período, a Igreja conseguiu manter-se como instituição social, consolidando sua organização religiosa e difundindo o cristianismo e preservando, também, muitos elementos da cultura greco-romana²³.

Apoiada em sua crescente influência religiosa, a Igreja passou a exercer importante papel político na sociedade medieval. Nesse contexto, surgiu Santo Agostinho, com a força do cristianismo pregando a autonomia individual, a predestinação e o livre-arbítrio vinculado à crença, com a concepção de que ser racional é acreditar na lei divina. A Igreja começou a se impor frente ao Estado. Ideais cristãos formam o convencimento dos governantes. A volta singela ao *jus naturalismo* teológico em busca da prova da existência de Deus²⁴.

²⁰ REALE, Giovanni. **História da Filosofia Antiga**: Platão e Aristóteles. Vol. II. Trad. Henrique de Lima Vaz e Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 1994.

²¹ BERTI, Enrico. **Aristóteles no século XX**. Tradução Dion Davi Macedo. São Paulo: Edições Loyola, 1997.

²² REALE, Giovanni. **História da Filosofia Antiga**: Platão e Aristóteles. Vol. II. Trad. Henrique de Lima Vaz e Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 1994.

²³ BOEHNER, Philotheus e GILSON, Etienne. **História da Filosofia Cristã**. 13 ed. São Paulo: Vozes, 2007.

²⁴ *Op. Cit.*

Posteriormente, Hugo Grotius lança o modelo do “*jus naturalismo* racional”, pregando a imutabilidade dos valores, que a simplicidade e clareza desdobram-se na objetividade, a necessária separação da razão e da fé e o início do racionalismo moderno²⁵.

Precursor da teoria kantiana, Nicolau Maquiavel, já citado, busca ideais separatistas entre a ética e a política, a racionalização e a diferenciação entre o natural e a norma. Emerge o ideal do poder. Revelou de forma muito acanhada que a política é a forma. Os pensamentos mais reveladores encontram-se em *O Príncipe*, um verdadeiro manual de conduta dos príncipes²⁶. Humanistas famosos são entre outros: Gianozzo Manetti, Lorenzo Valla, Erasmo de Roterdã, François Rabelais, Pico de La Mirandola, Thomas Morus e João Calvino.

Avançando na história merece destaque o Renascimento, que ancorado na cultura greco-romana promoveu grandes evoluções nos mais variados saberes, o ideal humanista, movimento que se refere a uma série de valores e ideais relacionados à celebração do ser humano, foi o fundamento desse progresso que ressuscitou a valorização do homem e da natureza, em oposição ao divino e sobrenatural, conceitos muito difundidos na idade medieval. O espírito renascentista revelou-se pela racionalidade, dignidade do ser humano, rigor científico, ideal humanista e reutilização das artes greco-romana²⁷.

Em sequência ao Renascimento, surge a visão absolutista de Tomas Hobbes, quanto à construção racional de uma sociedade para explicar o poder absoluto dos soberanos livres da racionalidade, o que desagradou tanto à corte inglesa, quanto ao clero anglicano pela sua frieza utilitária.

A fundação de suas ideias seria o individualismo nominativo. Teve em sua originalidade o pacto social que conferia um valor absoluto a uma vontade individual: O

²⁵ MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. **Hugo Grócio e o direito**. O jurista da guerra e da paz. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

²⁶ WINTER, Lairton Moacir. **A concepção de Estado e de poder político em Maquiavel**. Toledo: Tempo da Ciência, 2006.

²⁷ MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. **Hugo Grócio e o direito**. O jurista da guerra e da paz. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

Soberano. A tradução mais original desse pensar foi lançada em *Leviatã*, revelando a necessidade de se referenciar o homem razão, oriundo do natural sem visão opressora e subordinada ao Estado. Diz Hobbes:

O fim último, causa final e desígnio dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os votos), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos sob a qual os vemos viver nos Estados, é o cuidado com a sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita. Quer dizer, o desejo de sair daquela mísera condição de guerra que é a consequência necessária (conforme se mostrou) das paixões naturais dos homens, quando não há um poder visível capaz de os manter em respeito, forçando-os, por medo do castigo, ao cumprimento dos seus pactos e ao respeito àquelas leis de natureza (...)²⁸.

Nesse contexto, o pacto social proposto na ideia de construir uma sociedade civil ou política mediante os Estados Soberanos, em face do receio do retorno à “selva” nos relacionamentos individuais, permitia que o homem com poder absoluto ilimitado deixasse de ser “lobo” na visão de seus semelhantes, enraizando a tese de que o poder não nasce da força, mas sim do positivismo, sendo a primeira tese da formação do Estado Moderno²⁹.

Cumprir registrar, também que o idealismo lógico de Friedrich Hegel, simpatizante do criticismo e do iluminismo, foi por excelência promovendo a visão de que o entendimento humano seria o conjunto de princípios e das regras segundo as quais pensamos o mundo. Os acontecimentos são em função do absoluto³⁰.

Como reflexo histórico desses pensadores, em primeiro plano, vê-se a formação de duas correntes, os idealistas do ótimo Estado, ou os da melhor forma de governo, a teoria realista³¹. Norberto Bobbio comenta o tema:

As teorias idealistas não se identificam necessariamente com o gênero da utopia: além das utopias, podem ser incluídas entre as teorias idealistas aquelas que propõem um modelo de Estado derivado da combinação ou síntese das formas históricas, cujo exemplo típico é a teoria do governo misto, e aquelas que idealizam uma forma histórica,

²⁸ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Nova Cultural, 1997. cap. XVII.

²⁹ AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Globo, 2008.

³⁰ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *A Razão na história*: uma introdução geral à filosofia da história Trad. Beatriz Sidou. 2 ed. São Paulo : Centauro, 2001.

³¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*: a filosofia política e as lições dos clássicos. Org. Michelangelo Bovero, trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: 2000. 9ª reimpressão. pág 115.

como ocorreu alternadamente com Atenas ou Esparta, ou com a República romana, na antiguidade, com a República vêneta ou com a monarquia inglesa (pensemos montesquieu) na era moderna, ou com a União Soviética elevada a Estado-Guia pelos partidos comunistas da Terceira Internacional e mais adiante no período contemporâneo. Teorias realistas são, ao contrário, aquelas que consideram o Estado, e em geral a esfera as relações políticas, linha que parte de Maquiavel, que desdenha aqueles que “se puseram a imaginar repúblicas e principados nunca vistos nem conhecidos como se fossem verdade”, passa por Spinoza, que é um admirador do que imaginaram apenas “construções quiméricas não-realizáveis salvo de fato necessárias”, chegando a Hegel³²

A preocupação revelada pelos clássicos como Platão, que acreditou em um mundo desatrelado de uma visão una e indissociável da sociedade, a busca do melhor ver a moral e o justo, gerou uma ideia utópica do mundo, como registra Bobbio, no trecho supra.

Baseando-se nesses ideais, Aristóteles imaginou a *Politéia*. Embora se possa dizer hoje que sua ideia de Estado é utópica, ele acreditava ser possível e seguia à risca os mandamentos: “deve ser considerado como tal intérprete da época em que viveu que não se possa prescindir da sua obra para conhecer o espírito do tempo”³³. Além disso, sua filosofia foi precursora de um governo misto refletido nas civilizações, e aquelas que idealizam uma formação histórica, como: Atenas ou Esparta, República Romana, na República Veneta, na Monarquia Inglesa, nos contratualistas e na União Soviética³⁴.

Continuando a viagem pela história, chega-se à modernidade de Marx Horkheimer, filósofo e sociólogo alemão, crítico do idealismo, que sobre o tema traz as seguintes considerações:

A resistência da Filosofia contra a realidade deriva de seus princípios imanentes. A Filosofia insiste em que a ação e os objetivos do homem não devem ser produtos da necessidade cega. Nem os conceitos científicos nem a forma da vida social – nem a mentira dominante de pensar e tampouco os costumes dominantes devem ser incorporados ou praticados acriticamente. O impulso da Filosofia direciona-se contra a mera tradição e a resignação nas questões fundamentais da existência; ela tem a ingrata tarefa de trazer a luz da consciência sobre

³²*Op. Cit.* Pág. 113.

³³ *Idem.*

³⁴BERTI, Enrico. **Aristóteles no século XX**. Tradução Dion Davi Macedo. São Paulo: Edições Loyola, 1997.

qualquer relação humana e suas reações, de forma tão enraizada, que elas natural e imutável pareçam eternas³⁵.

A relação entre economia e política é um dos responsáveis pelas diversas mudanças de modelo que os Estados passaram ao longo do tempo, como iremos abordar posteriormente. Max Weber³⁶ entende que o Estado, ao lado do capitalismo e outros fenômenos culturais presentes em diversos espaços e tempos históricos, não pode ser considerado como uma criação exclusiva da civilização ocidental. Entretanto, procura demonstrar que somente na civilização em comento, prosperou um capitalismo racional e o desenvolvimento de um Estado como uma entidade política, com uma “Constituição” racionalmente redigida, um Direito racionalmente ordenado, e uma administração orientada por regras, também racionais, e administrado por funcionários especializados. E destaca que na civilização ocidental a evolução dos modelos de Estado possui íntima reação com a economia³⁷.

Immanuel Kant³⁸ revelou um elo entre o idealismo e o realismo definindo como formas preliminares as leis proibitivas em busca de um consenso mundial, convergindo com pensamentos de Leibniz, Voltaire, Frederico, O Grande e Rousseau, filósofos que expressam tal preocupação em 1713³⁹. Acerca do tema, Martonio Mont´Averne Barreto Lima assevera:

As preliminares, na forma de proibições, resultam em nada mais do que a constatação de seu autor sobre a ação dos Estados na época em que vivia (antecipe-se que esta visão coincide com a de Marx sobre a condução das guerras na Europa do século XIX,(...), em que a diplomacia secreta, a entrega de Estados vencidos a vencedores, além da transição entre uns e outros exatamente pelos meios condenados por Kant, a existência de tropas permanentemente armadas e a decidida disposição dos Estados em promover mobilizações militares, o endividamento para pagamento de danos de guerra, a injunção de Estado em governos de outros em mercenários etc., correspondiam à prática cotidiana da conturbada vida na Europa Iluminista⁴⁰.

³⁵ HORKHEIMER, Marx. **Die gesellschaftliche Funktion der Philosophie**, Bibliothek Suhrkamp, Suhrkamp Verlag Nr. 391, 1974, págs. 296/297. (tradução livre)

³⁶ Na introdução de sua obra “A ética protestante e o espírito do capitalismo”.

³⁷ WEBER, Max. **A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo**. São Paulo: Livraria Pioneira Editora. 1976. Págs. 1 a 4.

³⁸ Em sua obra “A Paz Perpétua”.

³⁹ KUEHN, Manfred; **Kant: A Biography**, Cambridge University Press, Cambridge, 2014. p. 443.

⁴⁰ LIMA, Martonio Mont´Averne Barreto. **Idealismo e Realismo**: Desafio constante da realização das utopias. In: Revista Jurídica Virtual - Brasília, vol. 7, n. 75, out./nov. 2005. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/viewFile/477/470> Acesso em: 22/01/2017.

Se no ideal da “Paz Perpetua” de Kant, não existe o real sem o imaginário, se o Estado ótimo não é algo sustentável, necessitando pensar melhor forma de governo, que ao menos tal forma possua algumas influências idealistas. E assim nasce um verdadeiro Estado. Ademais, é certo afirmar que o Estado Moderno não tem suas bases fundadas em idealismo, mas sim foi através do realismo *juspositivista* que se encontrou esteio para formar o racional. Contudo, até hoje a relação existente entre o ideal e o real nos revela novos rumos⁴¹.

1.3. TEORIAS SOBRE AS ORIGENS DO ESTADO

No que pese a existência de inúmeras correntes político-filosóficas que procuram explicar a forma como os Estados surgiram, o presente trabalho irá ater-se ao estudo de seis teorias consideradas principais: Teoria da Origem Familiar, Teoria da Origem Natural, Teoria da Origem Contratual Teoria da Força, Teoria da origem Patrimonial e Teoria do Origem Jurídica.

TEORIA DA ORIGEM FAMILIAR

Mesmo hoje quase extinta, em tempos remotos veio à tona a Teoria Familiar do Estado, a derivação de um Estado estaria em um núcleo familiar ligado de forma consanguínea. Como exemplos a origem da Grécia e Roma e, também, o Estado de Israel que na visão bíblica teria sua origem em Jacó. O argumento de seus teóricos⁴² se amolda perfeitamente aos ditames preconizados pelas antigas Monarquias centralizadas onde o Rei representava, de forma efetiva, a autoridade do *pater famílias*.

Todavia, essa teoria sofreu severas críticas no sentido de que a formação do Estado deriva do agrupamento de várias famílias, e não do hiperdimensionamento de uma

⁴¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Org. Michelangelo Bovero, trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: 2000. 9ª reimpressão.

⁴² Alguns dos principais Teóricos deste modelo são: Summer Maine, Westermack, Stark e Robert Filmer

só; além do que, a família é mais uma unidade social do que política. Na verdade, esta teoria confunde origem da humanidade com origem do Estado. Correlacionar à origem da família com a origem do Estado é algo um tanto genérico, eis a insustentabilidade da tese. Darcy Azambuja, bem lecionou sobre o tema quando afirmou:

É um equívoco identificar a origem da humanidade com a origem do Estado. É até possível que em alguma região do mundo o desenvolvimento de uma família tenha dado origem a um determinado Estado, este processo, entretanto, se ocorreu, não pode ser generalizado⁴³.

TEORIA DA ORIGEM NATURAL

Também conhecida como Teoria da Origem Espontânea, a formação do ente estatal se deveria à conjugação de vários fatores não havendo, pois, como fundamentar a sua criação levando-se em consideração apenas um dado fator.

Entretanto, temos de levar em conta que a natureza humana desde os primórdios sempre foi referenciada por vida grupal. Os homens das cavernas já se agrupavam para formarem as primeiras sociedades primitivas. Daí veio à tona a primeira ideia de que o Estado originalmente surgiu destes agrupamentos. Entretanto a uniformização e segurança necessárias a um Estado não poderiam no todo permanecer nesse modelo. Azambuja refletiu:

(...) quando as sociedades primitivas, compostas já de inúmeras famílias possuindo uma autoridade própria que as dirigia, se fizeram num território determinado, passaram a constituir um Estado. Este nasce, portanto, com o estabelecimento de relações permanentes e orgânicas entre os elementos: a população, a autoridade ou poder político e o território⁴⁴.

No mesmo sentido, Dalmo de Abreu Dallari entende que o Estado é uma potencialidade em todas as sociedades humanas:

⁴³ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Globo, 2008. Pág. 98.

⁴⁴ *Op. Cit.* Pág. 107.

O Estado é um germe, uma potencialidade, em todas as sociedades humanas, as quais, todavia, prescindem dele enquanto se mantêm simples e pouco desenvolvidas. Mas, aquelas sociedades que atingem maior grau de desenvolvimento e alcançam uma forma complexa têm absoluta necessidade do Estado, e então se constitui. Não há, portanto a influência de fatores externos à sociedade, inclusive de interesses de indivíduos ou de grupos, mas é o próprio desenvolvimento espontâneo da sociedade que dá origem ao Estado⁴⁵.

Assim, pode-se notar que o elo entre a autoridade e a liberdade com organização formaria o Estado, sendo este o eixo central da Teoria Natural do Estado. Embora existam até os tempos atuais sociedades nômades, muito próximas das primitivas, estas não apresentam a capacidade de organização, estabilidade, direcionamento, poder e a política característicos do Estado, sendo estes os contrapontos que dilaceraram este pensar.

TEORIA DA ORIGEM CONTRATUAL

A origem contratual do Estado há muito vem sendo objeto de reflexos na antiguidade, como pode ser encontrado nas obras de Aristóteles e Epicuro. Com a chegada do Iluminismo novas ideias surgiram no século XVII. Visualizando-se a situação em que vivia o ser humano, princípio da natureza humana, levantou a questão da sociedade, do poder e da política, desatrelados da proteção civil necessária⁴⁶.

Duas correntes se dividem em opiniões, os chamados positivistas e negativistas. De um lado, Thomas Hobbes defensor de um Estado de guerra, opressão e medo, pensamento revelado em sua obra “Leviatã”. Do outro, John Locke que em seu trabalho, “Tratado sobre o Governo Civil, I, II”, apresenta um Estado não essencialmente mau⁴⁷.

Como visto, para Thomas Hobbes, todo homem é opaco para o seu semelhante sendo que, dessa impossibilidade de se saber o que pensa o outro bem como o que passa

⁴⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 27 ed, São Paulo: Saraiva. 2007. pág. 56.

⁴⁶ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2006.

⁴⁷ *Op. Cit.*

dentro do outro, o único gesto razoável para cada um é atacar o outro para vencê-lo ou impedir um ataque possível e iminente. Com isso, a guerra se generaliza entre os homens, tornando esta belicosidade perene elemento da condição humana. Diante dessa constatação, Hobbes questiona como pôr termo a este conflito⁴⁸.

Em sua obra “Leviatã”, o Autor entende que para que se traga paz e estabilidade para a sociedade é preciso que se crie um Estado dotado da espada, armado, para forçar os homens ao respeito mútuo. Diante disso, o Estado se torna condição de existência da sociedade⁴⁹.

Sem a existência de um Estado forte e ilimitado, onde o soberano deva governar pelo temor infligido aos seus súditos, uma vez que, sem medo ninguém abriria mão de toda liberdade que naturalmente possui, a tendência seria no sentido de que os homens se matassem uns aos outros.

Ao firmar o contrato social, o indivíduo renuncia ao seu direito de natureza, de guerrear com todos, dando ao soberano o direito de proteger a sua própria vida. Caso o soberano não consiga atingir este objetivo, o súdito não lhe deve mais obediência, podendo romper com o pacto anteriormente realizado, uma vez que desaparece a razão que leva o súdito a obedecer. Essa possibilidade de rompimento é chamada de verdadeira liberdade do súdito⁵⁰.

A visão do Estado de Hobbes a Hegel, trata a política moderna como outro ponto que não submete ao Estado à doutrina *jusnaturalista*, não se apresenta o Estado como teoricamente racional, mas racionalmente teórico, em síntese, não seria um Estado entrelaçado pela razão, porém se via um Estado que deveria agir em função desta razão. O Estado é elevado a ente razão e, somente dentro dele, o homem realiza a sua natureza de ser racional. Se é verdade que para o homem enquanto criatura divina “*extra accleseiam nulla salus*”, é também verdade que, para o homem como ser natural “*extra rem publicam nulla salus*”⁵¹.

⁴⁸ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

⁴⁹ *Op. Cit.*

⁵⁰ *Op. Cit.*

⁵¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Org.

A sobrevivência do homem estava galgada na sua razão, diga-se, compete a ele interpretar de forma racional as leis da suprema razão através do Estado, conservando a potência natural. O homem quando foge à razão, valorizando tão somente o natural, torna-se impotente, gerando por via de consequência um Estado inoperante⁵².

Para John Locke, somente na sociedade civil ou política existem as condições para a observância das leis naturais que são as leis da razão. Para Kant, a saída do estado de natureza é para o homem algo mais do que o produto de um cálculo de interesse: é um dever moral⁵³.

Contraopondo-se com ideais *antijusnaturalistas*, Hobbes e Hegel, definem o Estado como razão: *racional por si e em si*⁵⁴, ficando a idéia de Estado-Potência. A laceração da Revolução Francesa trouxe a unidade do Estado Restauração, com o pensamento de Hegel subvertido por Marx de que: “Somente no Estado o homem tem existência racional”⁵⁵.

Surge a ideia de uma segurança para preservação da vida e da liberdade. A iminente necessidade do homem reunir-se em sociedade e pactuarem o mínimo de convenção para melhor viver, galgado na essência da razão. Essa batizada pela Teoria Contratual do Estado.

Mostra-se digno de nota, também que Hugo Grotius, por sua vez, entende que a formação do Estado, deve-se a um pacto voluntário entre os homens, atraídos pela existência de uma simpatia recíproca entre seus membros⁵⁶.

De uma forma geral, os defensores da Teoria da Origem Contratual entendem que, em virtude da tremenda e violenta anarquia em que vivia o homem primitivo, este, num determinado momento da história, teve de abdicar em proveito de um só homem ou

Michelangelo Bovero, trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: 2000. 9ª reimpressão. Pág. 120.

⁵² FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2006.

⁵³ *Op. Cit.* pág. 121.

⁵⁴ *Idem.*

⁵⁵ *Idem.*

⁵⁶ MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. **Hugo Grócio e o direito**. O jurista da guerra e da paz. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

de uma assembleia, de todos os seus direitos, até então ilimitados, fundando assim o Estado. Aludida organização teria por fim precípua fazer justiça e manter a paz⁵⁷.

A Teoria Contratualista do Estado é considerada pelos teóricos a menos consistente das teorias criadas para tentar explicar a formação do Estado. Dizem os seus detratores que, se o Estado fosse uma associação voluntária de homens, cada um teria sempre o direito de sair dela. Caso este direito de retirada fosse possível, fatalmente iria ocorrer a dissolução do corpo social e a volta aos primitivos tempos de anarquia⁵⁸.

TEORIA DA FORÇA

A teoria da força, também conhecida como Teoria da Origem violenta do Estado, ancora-se em fatos históricos que demonstram que a guerra foi, de um modo geral, criadora de povos.

A fundação do Estado Egípcio em consequência da invasão dos Hayksos, a dos Incas no Peru, dos Astecas no México, dos Mongóis na China, dos Arianos na Europa, dos Helenos na Grécia e dos Germanos nas províncias romanas são consideradas exemplos de invasões que serviram de parâmetro para os adeptos desta teoria⁵⁹.

De acordo com seus principais idealizadores (Bodin, Jelineck, Thomas Hobbes, Glumplowicz e Oppenheimer) a origem dos Estados advém da violência dos mais fortes em que, a organização política, representa o poder de dominação dos vencedores frente aos vencidos⁶⁰.

Claramente, grande número de Estados tiveram como origem aspectos militares, ou seja, sua fundação deu-se para fins de conquista, para defesa contra invasores, ou para

⁵⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

⁵⁸ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2006.

⁵⁹ *Op. Cit.*

⁶⁰ *Idem.*

tornar possível a expulsão de invasores. Todavia, o conceito de força é insuficiente para justificar a aparição do Estado⁶¹.

A força bruta, que dá origem aos Estados não busca apenas a dominação de um povo, mas também outros interesses como promover a unidade, estabelecer o direito e realizar a justiça. Melhor dizendo, as regras da razão também devem ser levadas em consideração quando da criação do Estado, pois que o homem não é só instinto belicoso, mas razão e intelecto⁶².

TEORIA DA ORIGEM PATRIMONIAL DO ESTADO

A teoria da origem patrimonial do Estado parte do pressuposto de que a propriedade é um direito natural, anterior à existência do próprio Estado. De acordo com os seus defensores, os filósofos Platão, Cícero e Holle, o Estado é uma organização destinada a proteger a propriedade e a regulamentar todas as relações de ordem patrimonial⁶³.

Para esses teóricos, a posse da terra gerou o poder público e este, por sua vez, deu origem à organização estatal. A teoria em questão encontrou guarida por muito tempo quando da existência dos Estados Feudais na Idade Média. Conforme Cláudio de Cicco e Álvaro de Azevedo Gonzaga:

Um dos melhores exemplos para ilustrar a teoria patrimonial é o Estado Feudal que consistia em um sistema de organização econômica, política e social da Europa Ocidental durante a idade média. Com as invasões bárbaras e a desagregação do Império Romano a partir do séc. V, a Europa iniciou uma profunda reestruturação, marcada pela descentralização do poder, ruralização, emprego de mão de obra servil e principalmente o poder concentrado nas mãos daquele que tinha propriedade. Demonstra-se, deste modo, que a organização na época feudal era essencialmente de ordem patrimonial⁶⁴

⁶¹ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Globo, 2008.

⁶² FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. 6 ed. Rio de Janeiro:Forense Universitária. 2006.

⁶³ *Op. Cit.*

⁶⁴ DE CICCO, Cláudio; GONZAGA, Álvaro de Azevedo. **Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. São Paulo: RT. 2007. pág. 59.

Assim, o Estado teria sido criado para que fossem aproveitados os benefícios da divisão do trabalho, integrando-se as diferentes atividades profissionais e caracterizando-se pela motivação econômica de sua formação⁶⁵.

TEORIA DA ORIGEM JURÍDICA DO ESTADO

A preocupação jurídica na formação do Estado encontra-se tão somente na existência de Norma Constitucional e Norma de Direito Internacional. O Estado é visto em uma dimensão meramente positivista. O Estado nasce quando sancionada sua Constituição⁶⁶. Sobre essa questão, refere Darcy Azambuja:

De tudo o precede ressalta finalmente que o Estado deve antes de tudo sua existência ao fato de possuir uma Constituição. Eis por que é permitido dizer, em última análise, que o nascimento de um Estado coincide com o momento preciso em que ele é provido de uma Constituição⁶⁷.

Nesse ponto, registre-se ser essa a visão de Kelsen sobre o tema, pois para o jurista em questão o Estado é resolvido totalmente no ordenamento jurídico, desaparecendo como entidade diversa do direito. Ou seja, para ele o Estado surge quando a Lei⁶⁸ o cria⁶⁹.

Apesar da insuficiência de todas estas teorias em tentar explicar a gênese do fenômeno estatal, em virtude do enfoque exagerado a um dado fator ou mesmo da dificuldade em comprovar de forma científica as suas assertivas, todas elas servem como parâmetro de pré-compreensão do Estado Contemporâneo.

⁶⁵ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. 6 ed. Rio de Janeiro:Forense Universitária. 2006.

⁶⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

⁶⁷ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Globo, 2008. pág. 111.

⁶⁸ Nesse momento, utilizamos Lei em sentido amplo, abarcando a Constituição e demais normas jurídicas.

⁶⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges, 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Pág. 261.

1.4. O ESTADO MODERNO: DO ABSOLUTISMO AO ESTADO NEOLIBERAL

Para que seja possível entender o processo de formação do Estado, neste caso, o moderno, é necessário alinharmos o conceito de sociedade e, conjunturalmente ordenar, referenciando-se desde já que esse processo pode ser estatal ou não estatal. Analisar os agentes envolvidos e a manutenção da ordem, bem como os teóricos, a exemplo de Dyson⁷⁰. Entrelaçar seus conceitos estatais e não estatais é sem dúvida fator preponderante na fixação de uma linha condizente a formação do Estado Moderno. Nesse sentido, Carlos Augusto Teixeira Magalhães, registra que:

Podemos dizer, inspirados por Dyson (1980), que um aparato conceitual complexo é necessário para que possamos compreender o processo contínuo de transformação do Estado e de sua percepção conceitual, seja a dos agentes ou dos teóricos envolvidos com a questão. Autores dedicados ao problema da formação do Estado são sensíveis a esse ponto. Como nos mostram Bendix (1996) e Tilly (1975, 1996), analisando processos históricos longos e contínuos, corremos sempre o risco de apelar para uma explicação insuficiente, retificando certas categorias e definições⁷¹.

O vocábulo “moderno” tem o simples fim de delimitá-lo do Estado antigo. O modelo Europeu de Estado Moderno surgiu por homens que nada sabiam do Extremo Oriente, embora conhecedores de alguns conceitos Romanos e Aristotélicos. Criaram um Estado próprio, que “acabou por funcionar melhor do que a maioria dos antigos modelos”⁷².

Para Gruppi, o Estado Moderno na Europa começou a nascer a partir do século XV. As diferenças básicas encontradas para com o Estado Antigo estão na questão da soberania, distinção entre Estado e sociedade e a distinção entre o Estado moderno e o medieval⁷³.

⁷⁰ DYSON, Kenneth. **The state tradition in western Europe**. Nova York. Oxford University Press, 1980, p. 52-53.

⁷¹ MAGALHÃES, Carlos Augusto Teixeira, **Formação do Estado, Cidadania, e Identidade Nacional**: comentários sobre a formação do Estado moderno e a construção da Europa. Enfoques – revista Eletrônica/ Rio de Janeiro / vol. 1 / n. 1 / 2002. pág. 12.

⁷² STRAYER, Joseph R. O. **The Medieval of Origins of The Modern State..** Universit Press. Princeton: 1969. págs. 16/17.

⁷³ GRUPPI, Luciano. **Tudo começou com Maquiavel**. Porto Alegre: I&PM Editores. 1980. *Apud*

Quanto à soberania, no Estado Moderno não se admitia qualquer outra autoridade quanto ao seu poder. O Estado sendo aparato da sociedade não se vinculando a ela, não obstante trabalhar em prol dela. A última característica é a distinção para com a relação feudal, naquela o senhor era o proprietário de tudo que pertencesse à terra, no Estado moderno o senhor é identidade da soberania⁷⁴.

Nessa fixação de espaço e tempo surgem novos regimes políticos, séculos XV ao XVIII, a exemplo: Monarquia Absolutas e Monarquias Constitucionais, respectivamente, França e Inglaterra. Como marco da formação do Estado Moderno, alguns defendem o tratado de *Westphalia*, em 1648, fim da Guerra dos Trinta Anos, mas não são poucos aqueles que sustentam a identificação em Frederico II, de *Suábia*, visto ter implantado no século XIII um Estado com características plenamente modernas: Centralização do Governo, burocracia complexa, superação da dispersão feudal-estamental e com o monopólio na distribuição de riquezas⁷⁵.

O sistema unificado do Estado na visão de Norberto Bobbio sujeito artificial, centralizador e institucionalizado, em razão da força e da burocracia, consolidou-se mediante duas formas: a compactação das criações jurídicas na lei, com expressão da vontade soberana e a unificação de todos os ordenamentos superiores e inferiores do Estado, em favor da vontade do príncipe⁷⁶.

O Estado se alicerça assumindo a obrigação do Direito, sendo este o poder que será aplicado pelos seus representantes. Passa de uma forma racional a amenizar os conflitos sociais e se transforma em uma poderosa organização que rege a vida social. Como ensina Held⁷⁷, o Estado Moderno é envolvido por uma ordem impessoal, legal e constitucional, regulamentado através de uma autoridade, o qual define uma natureza, controle e a administração de uma comunidade.

STRECK, Lenio Luis e MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política Geral do Estado**. 3ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 24-25.

⁷⁴ STRECK, Lenio Luis e MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política Geral do Estado**. 3ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 24-25.

⁷⁵ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Globo, 2008.

⁷⁶ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**, Trad. Daniela Beccaccia Versiani, 2ª ed. São Paulo: Mandariam. 2000. págs. 18/19.

⁷⁷ HELD, David. **La democracia y el orden global**. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita. Buenos Aires, Paidós, 1997. p. 25.

O ABSOLUTISMO

Observe-se que o Estado Absolutista, que durou do Século XVI ao XVIII, teve por marco a absorção de estruturas menores por estruturas maiores, aonde a racionalidade e a burocratização chegaram ao seu apogeu. Reveste-se ele de um poder supremo e ilimitado, materializa-se um conceito de direito laicizado. Teve sua marca em países como Inglaterra e França e, ainda, em Portugal e na Espanha de forma mais tímida. A França foi sem dúvida o modelo mais acabado do absolutismo⁷⁸.

Há mudanças gradativas dos sistemas para o poder absoluto. Vem à doutrina orgânica e objetiva do Estado Moderno estabelecida por Maquiavel. A ideia da ordem natural é abandonada. A vontade dita o poder. Há um desprezo as escolas clássicas filosóficas. A fórmula de um Estado forte e unitário é revelada em “O Príncipe”, do escritor florentino. Separada a política da ética vendo como necessária a aniquilação do ódio, ardor e vingança presente nas antigas repúblicas⁷⁹.

Porém, o Estado Absolutista é um Estado transitório e, logo, a Europa, por volta de 1700, implantou, ainda que de forma mínima, o verdadeiro Estado Moderno, o Estado Liberal Capitalista, também chamado de Liberal Clássico. A partir desse momento, mais do que nunca, podemos verificar a grande influência da economia nos modelos de Estado, como citado anteriormente.

O ESTADO LIBERAL CLÁSSICO

Ao discorrer sobre os fundamentos do Estado liberal, há de se fazer um tributo a Kant na medida em que, como bem coloca Alysson Leandro Mascaro, o seu pensamento é:

o pano de fundo mais bem elaborado pelos modernos para um direito natural burguês: melhor que todas as concepções jusnaturalistas

⁷⁸ CHEVALIER, Jean-Jacques. **História do Pensamento Político**. Tomo I, Rio de Janeiro: Guanabara, 1982.

⁷⁹ *Op. Cit.*, pág. 266

anteriores porque não saído de teologia ou de verdade pré-estabelecida, mas de uma razão, universal, necessária e eterna. Ao mesmo tempo, burguesa na essência, pois que estatui a exata medida da necessidade jurídica da burguesia que ia tomando o poder estatal e jurídico nos países europeus⁸⁰.

Pois bem, feito o registro supra, deve ser lembrado que a origem do liberalismo deu-se na Inglaterra quando o parlamento impôs a Coroa Britânica, através do segundo *Bill of Rights*, o direito ao cidadão de defender seus direitos constitucionais através do porte de arma. Surge uma reação ao Absolutismo⁸¹.

Os princípios que atrelavam o *Bill of Rights* eram: (1) o Rei não pode, sem o consentimento do Parlamento, cobrar impostos, ainda que seja sob a forma de empréstimos ou contribuições voluntárias; (2) ninguém poderá ser perseguido por haver-se recusado a pagar impostos não autorizados pelo Parlamento; (3) ninguém poderá ser destituído de seus juízes naturais; (4) O Rei não instituirá, em hipótese alguma, jurisdições excepcionais ou extraordinárias, civis ou militares; (5) O Rei não poderá, em nenhuma circunstância, alojar em casas particulares, soldados ou marinheiros⁸².

Merece destaque, também, que ainda no período Absolutista, no que toca à questão econômica, havia o Mercantilismo, “um regime de nacionalismo econômico que fazia da riqueza o principal fim do Estado.”⁸³ podendo ser considerado como uma teoria de intervenção do Estado para o funcionamento da economia que se movia para o fortalecimento do Estado.

Para aumentar o poder do Estado Absolutista diante dos outros Estados, era estimulada a exportação de mercadorias. Na realidade, para o Mercantilismo, o Estado era o centro, sujeito e objeto. Assevera Gastaldi:

A doutrina mercantilista afirma que a arte de governar deve aplicar-se no sentido da acumulação das moedas e de metais preciosos. A finalidade precípua do Estado, no entender dos mercantilistas, deveria

⁸⁰ MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

pág. 63.

⁸¹ CHEVALIER, Jean-Jacques. **História do Pensamento Político**. Tomo I, Rio de Janeiro: Guanabara, 1982.

⁸² GORCZEWSKI, Clóvis. **Introdução ao Estudo da Ciência Política, Teoria do Estado e da Constituição**. 1ª ed. Editora. Porto Alegre: Verbo Jurídico. 2007.

⁸³ GASTALDI, J. Petrelli. **Elementos de Economia Política**. 17 ed., São Paulo: Saraiva, 2001. pág. 50.

ser a de encontrar os meios necessários para que o respectivo país adquirisse a maior quantidade de ouro e prata⁸⁴.

Para Weber, no Mercantilismo “o Estado é tratado como se constasse única e exclusivamente de empresas capitalistas, a política econômica externa baseia-se no princípio destinado a ganhar a maior vantagem possível do adversário. O objetivo consiste em reforçar o poder do Estado.”⁸⁵

Pois bem, as ideias liberais propagaram-se e ganharam força nas revoluções Americana e Francesa, respectivamente, em 1776 e 1789, a vontade de moldar o Estado para o povo, libertando a sociedade civil e delimitando a autoridade estatal, focou-se no Constitucionalismo, na propriedade privada e na economia de mercado. Para Hegel o mundo ocidental foi em princípio liberal e, só após as grandes revoluções, a exemplo da Francesa, tornou-se democrático e liberal⁸⁶.

A Revolução Francesa, que deu origem ao Liberalismo, reflete uma mentalidade de cunho libertário, onde o valor liberdade mostra-se preponderante constituindo o primado da lei, a razão e a proteção do indivíduo e da propriedade⁸⁷.

O Liberalismo privilegiou sobremaneira a autonomia privada ao realçar o direito de propriedade e a liberdade contratual. O valor essencial que o inspira não se volta aos interesses da comunidade, mas sim à liberdade criadora do indivíduo dotado de razão⁸⁸.

O termo “liberal”, em razão de sua plasticidade e da riqueza de significações que comporta, deve ser analisado sob os aspectos político, econômico, filosófico, social e jurídico.

⁸⁴ *Op. Cit.*

⁸⁵ WEBER, Max. **Economia y Sociedad**. Trad. José Medina Echovarría e outros. 4 ed., México: Fondo da Cultura e Economia, 1969. pág. 1053. (tradução livre)

⁸⁶ GORCZEWSKI, Clóvis. **Introdução ao Estudo da Ciência Política, Teoria do Estado e da Constituição**. 1ª ed. Editora. Porto Alegre: Verbo Jurídico. 2007.

⁸⁷ REALE, Miguel. **O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias**. 3 ed. São Paulo: Saraiva. 2005.

⁸⁸ *Op. Cit.*

Sob o aspecto político, o Estado liberal liga-se à ideia de democracia opondo-se, pois, ao modelo de Estado “autoritário” ou “absolutista”. Busca-se, sob esse aspecto, à “desconcentração” do poder, tão cara às pretensões burguesas⁸⁹.

Sob o aspecto filosófico, o liberalismo restringe-se à liberdade de pensamento e de crença. Trata-se da faculdade de o indivíduo poder fazer proselitismo de suas convicções políticas, filosóficas e religiosas a qualquer instante sem por isso sofrer qualquer espécie de pena ou prejuízo⁹⁰.

Quanto ao aspecto econômico, o liberalismo vincula-se à liberdade de profissão e comércio. Em princípio, a iniciativa econômica é conferida aos particulares e ao Estado apenas por exceção. Seus postulados principais são a livre iniciativa e a livre concorrência, num primeiro momento, sem interferência do Estado (*laissez faire, laissez passer, laissez vivre*)⁹¹.

Quanto ao aspecto social, o liberalismo está relacionado à ideia do desejo de cada indivíduo em mandar no seu próprio destino. Trata-se da faculdade de ter liberdades individuais⁹².

Sob o aspecto jurídico, o Estado Liberal é representado pelo Estado de Direito no qual a supremacia da Constituição e o Império da Lei manifestam-se em dois pontos fundamentais: a consagração dos Direitos e Garantias Individuais e a adoção da Teoria da Divisão dos Poderes⁹³.

Sob o prisma liberal, as leis econômicas eram consideradas leis naturais através das quais a riqueza das nações seria alcançada graças à iniciativa privada dos indivíduos.

Voltando à história, não obstante os ideais germinadores do liberalismo terem sido alavancados em 1689, a corrente só ganhou corpo doutrinário no século XIX. Adam Smith foi decisivo na consolidação de um pensamento segundo o qual a busca pelo auto-interesse conduziria inevitavelmente ao progresso social. Sua “mão invisível”, que atuaria

⁸⁹ GORCZEWSKI, Clóvis. **Introdução ao Estudo da Ciência Política, Teoria do Estado e da Constituição**. 1ª ed. Editora. Porto Alegre: Verbo Jurídico. 2007.

⁹⁰ *Op. Cit.*

⁹¹ *Idem.*

⁹² REALE, Miguel. **O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias**. 3 ed. São Paulo: Saraiva. 2005.

⁹³ *Op. Cit.*

harmonizando os interesses sociais, apesar de não passar de uma crença, passou a ser aceita como verdade absoluta, constituindo-se a base do liberalismo econômico. Ora, dado que os interesses privados levavam ao interesse coletivo, não havia porque não se garantir aos agentes econômicos a maior liberdade possível. Afirma Adam Smith:

Portanto, sem qualquer intervenção da lei, os interesses privados e as paixões dos homens levam-nos, naturalmente, a dividirem e a distribuírem o capital de qualquer sociedade entre os diferentes empregos com ele realizados, tanto quanto possível, na proporção mais vantajosa para o interesse de toda a sociedade. As várias regulamentações do sistema mercantil vêm, necessariamente, perturbar esta distribuição natural e muito vantajosa do capital⁹⁴.

A teoria econômica do Estado liberal completa-se com o utilitarismo de Bentham: o objetivo principal de uma sociedade seria a maximização da felicidade individual, dos apetites de cada um, colocando assim os direitos naturais num segundo plano⁹⁵. Em 1859, através da obra "A Liberdade", Jonh Stuart Mill, entusiasta do jusnaturalismo, questiona a natureza e os limites do poder que a sociedade pode legitimamente exercer sobre o indivíduo⁹⁶. Utilitarista por excelência, plantou a ideia de que nenhuma forma de governo é viável sem uma liberdade absoluta da sociedade. Afirma Mill:

Cada um é o guardião adequado de sua própria saúde, seja física, mental ou espiritual. A humanidade ganha mais tolerando que cada um viva conforme o que lhe parece bom do que compelindo cada um a viver conforme pareça bom ao restante⁹⁷.

Devemos notar que a base fundamental do liberalismo é o direito à propriedade, entendemos que só foi através dos limites da propriedade que os homens formaram o Estado, este limitado e vigiado. Daí a visão da proeminência do Legislativo sobre o Executivo⁹⁸. Quanto ao modelo de Estado em comento, dispõe André Ramos Tavares:

⁹⁴ SMITH, Adam. **A Riqueza das nações**. Trad. A. S. Lima. São Paulo: Martins Fontes, 2003, v. 2, p. 443

⁹⁵ VILLEY, Michel. **Leçons d'histoire de la philosophie du droit**. Paris: Dalloz, 2002, p. 73.

⁹⁶ GORCZEWSKI, Clóvis. **Introdução ao Estudo da Ciência Política, Teoria do Estado e da Constituição**. 1ª ed. Editora. Porto Alegre: Verbo Jurídico. 2007.

⁹⁷ MILL, Jonh Stuart. **A Liberdade/Utilitarismo**. São Paulo. Martins Fontes. 2000. p.22

⁹⁸ GORCZEWSKI, Clóvis. **Introdução ao Estudo da Ciência Política, Teoria do Estado e da Constituição**. 1ª ed. Editora. Porto Alegre: Verbo Jurídico. 2007.

Havia a concepção de que ao Estado cumpriria cuidar da ordem pública, proporcionando um aparato policial, defendendo as instituições (prestando Justiça) e protegendo-se contra agressões internacionais. O mercado, por seu turno, deveria desenvolver-se livremente, isto é, sem a interferência do Estado, salvo para prestar a necessária segurança e para atuar naqueles setores nos quais não haveria interesse para a iniciativa privada. Não por outro motivo, neste contexto, foi denominado de *État Gendarme*⁹⁹

O Estado Liberal deve ser entendido como o modelo de alcance restrito das liberdades públicas, como a não intervenção do Estado no âmbito privado, a fim de permitir ao indivíduo valer-se de todas as possibilidades para realizar suas conquistas pessoais. Conforme Celso Ribeiro Bastos:

A sociedade, de outro lado, recobrou a sua importância, sobretudo debaixo do liberalismo, conseguindo reduzir o Estado a suas expressões mínimas, tornando-o competente para o desempenho das atividades absolutamente indispensáveis à manutenção da ordem e para propiciar as condições para que a própria sociedade pudesse então atingir os demais fins (...) O Estado Liberal é aquele que, em nível constitucional, garante a liberdade de todos os seres humanos, a dependência de todos a uma legislação comum, enquanto súditos, e a igualdade formal de todos, como cidadãos¹⁰⁰

Nesse período surge a ideia de que se o detentor do poder é mau e tende a abusar dele, como visto no período absolutista, os homens deveriam isolar-se em busca da sua liberdade e da sociedade. Surge a ideia de separação dos Poderes. Um dos reflexos desta visão é o papel do Judiciário como ponto equilibrador que, para se tornar forte, necessitaria de técnicos dotados de saber, não de simples leigos escolhidos à conveniência do Rei dentre os nobres, abrindo espaço para sua independência perante os demais Poderes¹⁰¹.

A mínima interferência é a suposta solidificação do Estado Liberal e com ela viriam progressos em várias áreas. Entretanto, na prática o que ocorreu foi muito diferente. A angústia retorna e monta um questionamento: Somos verdadeiramente livres

⁹⁹ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 2ed. São Paulo: Saraiva. 2006. págs.47/48

¹⁰⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor.2002. págs. 7/8.

¹⁰¹ GORCZEVSKI, Clóvis. **Introdução ao Estudo da Ciência Política, Teoria do Estado e da Constituição**. 1ª ed. Editora. Porto Alegre: Verbo Jurídico. 2007.

ou escravos do capital? Tal questionamento nasce da substituição de mão de obra por máquinas, o operário de fábrica oriundo da Revolução Industrial é substituído gradativamente e, por consequência, os salários achatados e o aumento da carga horária. Por outro lado, o excedente é centralizado nas mãos de quem detém o poder econômico e o Estado Liberal cruza os braços¹⁰².

Mostrando-se, ao nosso ver, quase como o Absolutista, só que com maior abuso do poder econômico do que político. Nesse sentido, Paulo Bonavides compartilha desse pensamento:

Antes da Revolução tudo se explicava pelo binômio absolutismo-feudalidade, fruto de contradição já superada. Depois da Revolução, advém outro binômio, com a seguinte versão doutrinária: democracia-burguesia ou democracia-liberalismo. Antes, o político (o poder do rei) tinha ascendência sobre o econômico (o feudo). Depois, dá-se o inverso: é o econômico (a burguesia, o industrialismo) que inicialmente controla e dirige o político (a democracia), gerando uma das mais famosas contradições do século XIX: a liberal democracia¹⁰³.

Em 1848, há natural reação da sociedade novamente oprimida. De um lado, a falsa ideia de liberdade, do outro, a real condição social. No campo doutrinário, Marx e Engels lançam o Manifesto Comunista, denunciando que o sistema havia transformado a dignidade em moeda de troca e denunciando a exploração do homem. O mundo é chamado a reagir contra a política social e econômica¹⁰⁴.

Importante notar-se que a Teoria Marxista não poderia ser denominada Teoria do Estado Marxista, pois, Marx e Engels sustentavam a derrubada do Estado em prol de uma sociedade eminentemente de classes. Para eles o Estado Liberal consistia na dominação dos proprietários (capitalistas) sobre os não proprietários¹⁰⁵. Vejamos um fragmento da obra “A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado” de Friedrich Engels:

¹⁰² *Idem.*

¹⁰³ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8 ed. São Paulo:Malheiros.2007. págs. 54/55.

¹⁰⁴ CHEVALIER, Jean-Jacques. **História do Pensamento Político**. Tomo I, Rio de Janeiro: Guanabara, 1982.

¹⁰⁵ *Op. Cit.*

Como o Estado surgiu da necessidade de pôr fim à luta de classes, mas surgiu também no meio da luta de classes, normalmente o estado é a classe dominante, economicamente mais poderosa, que por seu intermédio se converte também em classe politicamente mais forte e adquire novos meios para submeter e explorar a classe oprimida. (...) Então, a história não é nada mais que a sucessão dialética de classes de dominadores e de dominados, impulsionada pelas condições econômicas¹⁰⁶.

Diante de tantos desafios, o modelo de Estado Liberal e sua posição francamente indiferente frente aos dramas sociais que eclodiam, dia após dia, demonstrava a sua incapacidade de superar tantas injustiças sociais. De acordo com Miguel Reale:

Não foi apenas o impacto das reivindicações socialistas que determinou a ampliação da competência estatal em assuntos econômicos e sociais, mas também a chamada “revolução industrial” resultante da aplicação tecnológica no plano da produção de riquezas, o que teve como resultado o fortalecimento das organizações operárias, de maneira especial dos respectivos sindicatos¹⁰⁷.

Como o Liberalismo, na estreiteza de suas formulações, não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade logo após o fim da Primeira Guerra Mundial, o Estado, até então neutro e indiferente foi substituído pelo Estado atuante, intervencionista, cujo objetivo era restabelecer a harmonia entre o capital e o trabalho, entre as classes patronais e as obreiras. Shaid Maluf diagnostica o esgotamento do modelo de Estado Liberal:

Deve-se o fracasso do Estado Liberal ao fato dele ter atuado estritamente no plano político-jurídico, sem disciplinar a ordem sócio-econômica. Essencialmente individualista, desconheceu os direitos da sociedade. Falhou até mesmo no seu individualismo por desconhecer o homem – operário, materialmente fraco e premido no meio social por insuperáveis dificuldades de ordem econômica. Profundamente libertário e igualitário, declarou que todos os indivíduos possuem os mesmos direitos e as mesmas possibilidades, de sorte que ao Estado competia apenas policiar a ordem jurídica. A ordem social e econômica deveria desenvolver-se naturalmente, à mercê das iniciativas individuais, de conformidade com as leis do liberalismo econômico, a lei da oferta e procura, a da livre concorrência etc as

¹⁰⁶ ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. 11 Ed. São Paulo: Civilização Brasileira. 1987. pág. 196 e 108.

¹⁰⁷ REALE, Miguel. **O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias**. 3 ed. São Paulo: Saraiva. 2005. Pág. 86.

quais conduziriam a sociedade, fatalmente, a uma ordem ideal desejada por todos. Tinha o Estado por lema o postulado clássico do liberalismo econômico: *Laissez- faire, laissez- passer, et le monde v ala lui-même*¹⁰⁸

Nesse contexto, surgem duas correntes: o totalitarismo de esquerda, que também pode ser chamado de comunismo, oriundo e difundido na Rússia a partir da Revolução de 1917, e o totalitarismo de direita, representado pelo nazi-fascismo, nem liberal, nem comunista¹⁰⁹.

O ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL (*WELFARE STATE*)

Em termos históricos, o modelo de Estado Social inicia-se com o fim da Primeira Guerra Mundial e com a promulgação das Constituições Mexicana (1917) e de Weimar (1919), consideradas marcos históricos da passagem do Estado Liberal para o Estado Social.

Todavia, com o início da Segunda Guerra Mundial, a atitude intervencionista do Estado é estimulada ainda mais assumindo este o encargo de assegurar a prestação dos serviços fundamentais a todos os indivíduos.¹¹⁰

O Estado teve de ocupar-se diretamente não só da distribuição dos alimentos e do controle da utilização da mão-de-obra e dos recursos disponíveis, mas também da produção, ao menos nos setores mais diretamente ligados às necessidades bélicas. À época, falava-se em planificação econômica da guerra (comunismo de guerra) não apenas na União Soviética, mas em todos os países envolvidos no conflito¹¹¹.

¹⁰⁸ MALUF, Chaid, *Apud.* REALE, Miguel. **O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias**. 3 ed. São Paulo: Saraiva. 2005. Pág. 299.

¹⁰⁹ CHEVALIER, Jean-Jacques. **História do Pensamento Político**. Tomo I, Rio de Janeiro: Guanabara, 1982.

¹¹⁰ HOBBSAWN, Eric. **Era dos extremos – O breve século XX – 1914-1991**. 2ed. São Paulo: Companhia das Letras. 1995.

¹¹¹ *Op. Cit.*

Em razão disso, o Estado foi ampliando sua esfera de ação, controlando os recursos naturais a fim de obter o máximo proveito com o menor desperdício para fazer frente às emergências da guerra.

A impulsão dessas medidas intervencionistas deve-se à adoção das políticas econômicas keynesianas, pelo regime fordista de acumulação e também como resultado do compromisso entre classes sociais em termos de cidadania social atrelada ao crescimento econômico.¹¹² Conforme José Luis Bolzan de Moraes :

O Estado Constitucional Social ganhou contornos definitivos no pós – Segunda Guerra Mundial, como tentativa de enfrentamento das barbáries experimentadas no período. Emerge daí um “neo” constitucionalismo que, além de reforçar e transformar sua substância e materialidade constrói novos sistemas de se fazer efetivo¹¹³.

Trata-se da substituição do Estado Mínimo Liberal pelo Estado Prestacional que representou a conquista de significativos direitos sociais, por parte da classe trabalhadora, no domínio das relações de trabalho, segurança social, saúde, educação e habitação¹¹⁴.

Todavia, o fim do Estado Liberal não implicou na sua adesão ao Estado Socialista, acontecendo apenas e tão somente que um novo padrão ideológico é aceito, intermediário do Liberal e do Socialista, e que, doutrinariamente, tem-se preferido denominar Estado Social¹¹⁵.

¹¹² John Maynard Keynes (1883-1946), reputado economista inglês, que, apesar de liberal em suas convicções políticas, no plano econômico preconizava a implantação de uma economia administrada, confiando na ação planificadora do Estado. Dizia ainda que a política fiscal deveria ser utilizada como um instrumento de ativação da economia sendo a implantação de obras públicas em larga escala a força motriz do desenvolvimento bem como solução para a recessão e o desemprego. Para Keynes, o pomo da discórdia das políticas liberais diz respeito a sua incapacidade de proporcionar o pleno emprego bem como a sua arbitrária e desigual distribuição da riqueza. Ao seu ver, o Estado deveria desenvolver mecanismos eficientes no sentido de refrear o ímpeto consumista do ser humano, através do uso de um vigoroso sistema de tributação ou por meio de fixação de juros. Para Keynes, a ampla socialização dos investimentos seria a única forma de assegurar o pleno emprego. Ressalta ainda que o individualismo, purgado de seus defeitos e abusos, seria a melhor salvaguarda da liberdade pessoal e da variedade da vida. Disponível em: economiabr.net/teoria_escolas/teoria_keynesiana.html Acesso em: 25/01/2017.

¹¹³ MORAIS, José Luis Bolzan de. **O Estado e seus limites**. Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da Modernidade. Constituição e Estado Social – os obstáculos à concretização da Constituição. in: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de Org. **Constituição e Estado Social**. São Paulo:RT; Coimbra: Coimbra. 2008. p. 180.

¹¹⁴ *Op. Cit.*

¹¹⁵ HOBBSBAWN, Eric. **Era dos extremos – O breve século XX – 1914-1991**. 2ed. São Paulo: Companhia das Letras. 1995.

Deve ser sublinhado que a noção de Estado Social foi erigida como uma reação aos exageros do Estado Liberal, pois muitos indivíduos não desfrutavam da liberdade assegurada no texto constitucional em virtude de não terem garantido pelo Estado as condições materiais mínimas de sobrevivência. Dentro deste contexto, observa Konrad Hesse:

Para os desempregados, a liberdade de profissão é inútil. Liberdade de aprender e livre escolha dos centros de formação ajudam somente àquele que está financeiramente em condição de terminar a formação desejada e ao qual tais centros de formação estão à disposição. A garantia da propriedade somente tem significado real para os proprietários, a liberdade de habitação somente para aqueles que possuem uma habitação. Se essas e outras liberdades devem ser mais do que liberdades sem conteúdo, então elas também pressupõem mais do que uma proibição de intervenções estatais, ou seja, aquele sistema de medidas planificadoras, fomentadoras e conservadoras da política econômica e social, da política cultural e educacional, da política sanitária e familiar, que caracteriza o estado social atual, por exemplo, em prêmios de poupança para construção, subsídio de habitação e familiar por filhos ou de apoio estatal de formação e aperfeiçoamento profissional¹¹⁶.

Na mesma direção, o art. 22 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, deixa implícita a ideia de que os direitos sociais têm como escopo a promoção do livre desenvolvimento da personalidade humana, por intermédio da ação estatal¹¹⁷.

O Estado Social representa, de forma efetiva, uma transformação estrutural em relação ao modelo anterior, Estado Liberal, mas, contrariamente aos ditames preconizados pelos Estados Socialistas, conservou sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal ao qual em momento algum renunciou¹¹⁸.

Com isso, o lema do Estado Liberal em sua feição político – econômica, *Laissez faire, laissez passer, et le monde va de lui-meme*, cede espaço ao Estado que assume o

¹¹⁶ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. da 20ª Edição Alemã de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1998. págs. 176/177.

¹¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

¹¹⁸ CHEVALIER, Jean-Jacques. **História do Pensamento Político**. Tomo II, Rio de Janeiro: Guanabara, 1982.

papel e a responsabilidade de oferecer ao homem um mínimo de condição para viver com dignidade¹¹⁹.

Trata-se da busca do equilíbrio entre os absolutos valores da personalidade humana em face do poder estatal e o seu dever de promover a igualdade de oportunidades, equilíbrio de assistência, numa intervenção necessariamente retificadora de injustiças e desníveis sociais gerados pelo modelo anterior. Conforme Paulo Hamilton Siqueira Júnior e Miguel Augusto Machado de Oliveira:

O Estado Democrático e social de Direito procura conciliar os direitos individuais, que perdem cunho burguês e egocêntrico de sua origem, com o bem-estar social. Esse modelo de Estado adota um sistema que se pauta pelo equilíbrio entre os interesses do Estado e a garantia da liberdade individual do cidadão. Nesse sistema, o Estado encontra-se a serviço do indivíduo e da sociedade¹²⁰

A substituição do modelo de Estado Liberal pelo de Estado Social significou a passagem dos direitos de liberdade caracterizados por proibições, punições e regras, para os direitos de solidariedade, caracterizados por prestações, prêmios e princípios. Ivo Dantas sintetiza a distinção entre os dois modelos:

Esta presença estatal passa-nos a oferecer uma distinção que hoje assume importância capital, isto é, entre os direitos individuais e sociais, pois enquanto aqueles significam um não fazer do Estado e dos demais agentes públicos, estes devem ser vistos como aqueles que têm por objeto as atividades positivas do Estado, do próximo e da sociedade, para subministrar aos homens certos bens e condições. É a constitucionalização dos direitos sociais e, dentre estes, dos direitos trabalhistas.¹²¹

No mesmo sentido Luiz Flávio Gomes e Rodolfo Luis Vigo expõem que:

Confiava-se no intervencionismo estatal, ou seja, o Estado não pode ficar ausente do objetivo de alcançar conquistas econômicas e sociais. Nascia, desse modo, o chamado Estado de Bem-estar ou Estado de bem-estar social, que acabou recebendo o impulso do movimento de democratização material.

O Estado Democrático de Direito surgiu justamente para possibilitar a todos justiça social. A síntese se dá com o Estado democrático e

¹¹⁹ *Op. Cit.*

¹²⁰ SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos Humanos e Cidadania**. 2ª edição. São Paulo: RT, 2009. Pág. 126.

¹²¹ DANTAS, Ivo. **Princípios constitucionais e interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995. Pág. 195

social de Direito, que vem a ser a soma das liberdades conquistadas com o Estado o Estado Libera mais a busca pela justiça social¹²²

Assim, como o Estado Liberal representou a revolução da burguesia, o Estado Social representou a revolução do proletariado; o Estado Social representou a terceira revolução da Idade Moderna: a revolução da Sociedade¹²³.

Se os direitos fundamentais representaram a garantia de uma sociedade burguesa separada do Estado, os direitos sociais, de forma contrária, representaram a via por onde a sociedade entra no Estado modificando-lhe sua estrutura formal.

Segundo Eric Hobsbawn, trata-se de um modelo de Estado que, mesmo ao se desvencilhar do controle da classe burguesa, seu conteúdo programático não implicou em modificações substanciais de certos postulados econômicos e sociais. Ao assumir a função de agente conformador da realidade social, face ao advento de uma sociedade de massas marcada por conflitos sociais, o Estado Social de Direito fez-se Estado administrador, permitindo o predomínio da administração sobre a política ou da técnica sobre a ideologia¹²⁴.

Mesmo com essas intervenções, preservou-se o núcleo estrutural do capitalismo, mantendo, ainda que artificialmente, a livre iniciativa e a livre concorrência compensando as desigualdades sociais mediante a prestação de serviços públicos estatais e a concessão de direitos sociais. Fernando Pereira Amaro assevera a íntima relação existente entre serviço público e Estado Social, ao aduzir:

Ao se aludir ao Estado Social, frise-se que se está referindo ao Estado organizado para a prestação de serviços públicos, ao Estado que acolhe com especial vigor os direitos sociais, que são segurança econômica, educação, saúde e serviços públicos em geral, na visão de Luís Carvalheiro de Mendonça ou, na visão de Dier Murswiek, uma subdivisão em três espécies, quais sejam, prestações em sentido estrito, como educação, saúde, assistência social; subvenções materiais em geral; de cunho existencial no âmbito da providência social, que engloba o fornecimento de gás, luz e tantos outros e a participação em bens comunitários.

¹²² GOMES, Luiz Flávio e VIGO, Rodolfo Luis. **Do Estado de direito constitucional e transnacional: riscos e precauções: navegando pelas ondas evolutivas do Estado, do Direito e da Justiça**. São Paulo: Premier Máxima, 2008. Pág. 20.

¹²³ CHEVALIER, Jean-Jacques. **História do Pensamento Político**. Tomo II, Rio de Janeiro: Guanabara, 1982.

¹²⁴ HOBBSAWN, Eric. **Era dos extremos – O breve século XX – 1914-1991**. 2ed. São Paulo: Companhia das Letras. 1995.

Pois bem, é uma relação lógica a existente entre prestações positivas do Estado e os serviços públicos, bem como entre a crise do Estado Social e o neoliberalismo¹²⁵.

Em virtude da maior presença do Estado no controle direto da vida dos povos são consideradas características básicas do modelo de Estado Social: a supremacia da Constituição, a divisão dos Poderes, o respeito ao princípio da legalidade, a declaração e garantia dos direitos individuais e sociais, a participação política com a organização democrática da sociedade e a atuação positiva do Estado com a finalidade de implementação do Estado Social¹²⁶.

Ao incrementar os direitos de dimensão social, o Estado, nas questões trabalhistas, passou a acolher as cooperativas, sindicatos, associações classistas e instituições previdenciárias, rever as leis trabalhistas, criar o Ministério do Trabalho, regulamentar o direito de greve, instituir a justiça social trabalhista de representação paritária, fixar bases salariais mínimas e prestar assistência efetiva ao trabalhador¹²⁷.

Essa nova postura deve-se aos efeitos advindos da Revolução Industrial, que se espalhou por todo o mundo e fez surgir, em razão da necessidade de defesa da sociedade civil, o sindicalismo, como sinal inequívoco da organização da classe trabalhadora¹²⁸.

No que tange às liberdades públicas, estas deverão ser asseguradas em consonância com a atuação e a presença do Estado para garantir à grande maioria da população o acesso a bens e direitos que, sem a sua interferência, dificilmente sairiam do plano abstrato¹²⁹.

No Constitucionalismo social, a base da cidadania situa-se na capacidade dos cidadãos em participar de forma efetiva no exercício do poder político, ou da gestão e condução dos negócios da cidade através de procedimentos e técnicas diferentes e previamente elaboradas. De acordo com J.J. Calmon de Passos:

¹²⁵ AMARO, Fernando Pereira. **O serviço público sob a perspectiva da garantia constitucional de direitos humanos fundamentais**. In: Revista de Direito Constitucional e internacional. São Paulo: RT.Vol. 50. Ano 13. Janeiro – Março. p. 120/121.

¹²⁶ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8 ed. São Paulo:Malheiros.2007.

¹²⁷ AMARO, Fernando Pereira. **O serviço público sob a perspectiva da garantia constitucional de direitos humanos fundamentais**. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais.Vol. 50. Ano 13. Janeiro – Março. p. 120/121.

¹²⁸ *Op. Cit.*

¹²⁹ *Idem.*

Em nosso século, algo foi acrescido a esse binômio – direitos civis, direitos políticos: os denominados direitos sociais. Se antes os direitos políticos de participação objetivavam a compartilhada definição dos interesses tutelados e a institucionalização do direito de resistir às ingerências do poder na esfera da autonomia privada – dever de abstenção – a dimensão nova dos direitos sociais amplia o âmbito do poder político, que mantendo como direito à participação, abrange, agora, também, o direito de exigir do Estado prestações asseguradoras de condições sociais que propiciem a igualdade substancial entre os cidadãos, somada àquela igualdade formal antes já proclamada e assegurada¹³⁰

No mesmo sentido, José Geraldo de Brito Filomeno:

Após a revolução Liberal e abusos do capitalismo, surgiu a idéia de que o Estado não deve apenas intervir nos campos político e jurídico, mas também no social, até para que se propicie a verdadeira democracia, condições mínimas e indispensáveis para que se realize individual e plenamente.¹³¹

O respeito ao princípio da legalidade no modelo de Estado Social não se restringe apenas à positivação, em âmbito constitucional, das normas referentes aos direitos sociais. Vislumbra-se o respeito ao aludido princípio quando, novamente em âmbito constitucional, é traçado pelo Estado um planejamento estratégico onde se elegem prioridades e metas governamentais com o fim precípua de busca do bem comum. A este conjunto de normas dá-se o nome de normas de conteúdo programático¹³². Nas Constituições sociais, de um modo geral, há a preponderância dos interesses coletivos sobre os direitos individuais.

Quanto à intervenção do governo na atividade privada, esta é acompanhada pela centralização do controle da economia e das decisões essenciais de planejamento em nível nacional (Poder Central representado pelo Governo Federal), com a conseqüente diminuição da participação dos níveis inferiores (Estados-Membros, Municípios, Províncias e etc.)¹³³.

¹³⁰ PASSOS, J.J. Calmon. **Hermenêutica, Cidadania e Direito**. Campinas: Milenium: 2005. pág. 13.

¹³¹ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. 6 ed. Rio de Janeiro:Forense Universitária. 2006. Pág. 141.

¹³² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

¹³³ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. 6 ed. Rio

Portanto, o Modelo de Estado Social, pode ser entendido como o modelo de Estado com maior e melhor intervenção estatal no seio da comunidade, através da elaboração de políticas prestacionais, onde há o desvio das atenções da esfera legislativa do Estado para o ambiente da atividade executiva.

As políticas prestacionais, que caracterizam o modelo de Estado Social, geralmente dizem respeito à intervenção direta na economia como distribuidor, imposição de regras sobre salários, manipulação da moeda, regulação de preços, combate ao desemprego, proteção aos enfermos, dar ao trabalhador e ao burocrata acesso à casa própria, controle de profissões, compra de produção, concessão de crédito, instituir comissões de abastecimento, prover necessidades individuais, enfrentar crises econômicas, colocar na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estender sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam à área de iniciativa individual¹³⁴.

Com todas essas características, o Estado Social busca assegurar, de forma efetiva, a fruição dos direitos constitucionalizados por intermédio de políticas públicas, podendo-se afirmar que o modelo de Estado Social, no plano político, deve trabalhar no sentido de manter a segurança interna e externa do país, no plano jurídico deve trabalhar no sentido de construir o Estado de Justiça e, no plano social, atender as necessidades assistências, previdenciárias e educacionais da coletividade¹³⁵.

A crise do modelo de Estado Social começa na década de 1970 em consequência da crise fiscal dos Estados que não mais comportavam o acúmulo dos encargos sociais doravante suportados.

Em termos econômicos, a crise da matriz energética, o desenvolvimento tecnológico, a transformação da economia capitalista (internacionalização dos mercados, transnacionalização da produção) o aumento da inflação e do *déficit* público bem como a ineficácia das prestações dos serviços públicos contribuíram sobremaneira para o fim do

de Janeiro:Forense Universitária. 2006

¹³⁴ SADDY, Andre. **Formas de atuação e Intervenção do Estado Brasileiro na Economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

¹³⁵ *Op. Cit.*

Estado Social. O aumento do *déficit* público provoca instabilidade econômica, inflação, instabilidade social, reduzindo consideravelmente as possibilidades da utilização do *Welfare State*. Nesse sentido José Matias Pereira:

Pode-se afirmar que o Brasil possui um sistema de serviços sociais, comunitários e pessoais pouco desenvolvidos. Direitos sociais, esses são garantidos pela Constituição do Brasil, promulgada em 1988 (e, na prática, permanecem inalterados, apesar da boa intenção dos constituintes que escreveram a Constituição. Os problemas podem ser avaliados pelos índices que indicam o baixo desenvolvimento do Estado de bem-estar brasileiro e o seu gasto social, tanto em transferências como em serviços públicos ofertados à população, que se apresenta significativamente abaixo do nível de desenvolvimento¹³⁶

A burocratização e a ausência de produtividade da vida social e econômica, aliado à transição da tradicional questão social para a urgência da questão ambiental e seus consectários ajudaram a minar as políticas de efetivação do modelo de Estado intervencionista¹³⁷.

Em termos humanos, o Estado Social, com sua extremada preocupação com a racionalidade e a planificação de suas ações é, inevitavelmente, um Estado de ausência de liberdade implicando na restrição sistemática: a) do tempo de lazer dos trabalhadores, b) da quantidade e da qualidade dos bens de consumos postos à disposição dos consumidores e c) da inteligência capaz de compreender e aperceber-se das possibilidades de autodeterminação¹³⁸.

O modelo de Estado Social revelou, de maneira inequívoca, a ineficácia da atuação estatal num contexto globalizado. As dificuldades de gerenciamento da máquina estatal levaram à ineficiência do modelo intervencionista. Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino demonstram de forma bastante clara a ineficiência dos serviços prestacionais do Estado Social ao aduzirem:

O Estado assistencial difundiu uma ideologia igualitária que tende a deslegitimar a autoridade política; a disposição do Estado a intervir nas relações sociais provoca um enorme aumento nas solicitações

¹³⁶ PEREIRA José Matias. **Repensando a Administração Pública. O futuro do Estado do Bem-estar.** In: Revista de informação legislativa. Brasília. Vol. 142, ano 36 (abril/junho) 1999. pág. 243.

¹³⁷ SADDY, Andre. **Formas de atuação e Intervenção do Estado Brasileiro na Economia.** Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

¹³⁸ PEREIRA José Matias. **Repensando a Administração Pública. O futuro do Estado do Bem-estar.** In: Revista de informação legislativa. Brasília. Vol. 142, ano 36 (abril/junho) 1999. Pág 245.

dirigidas às instituições políticas, determinando a sua paralisia pela sobrecarga da procura¹³⁹.

A reprodução do *Welfare State*, de matriz norte-americana, foi em grande parte responsável pela crise financeira que, desde a década de 1980 vem abalando a estrutura de inúmeros Estados que assumiram atividades acima de sua capacidade, gerando a explosão do *déficit* público por conta dessa prestação de serviços e atuação econômica maciça¹⁴⁰.

O ESTADO NEOLIBERAL

O modelo de Estado Neoliberal começa a firmar suas bases após a II Guerra Mundial¹⁴¹ no continente europeu e na América do Norte; todavia, o grande impulso deste modelo de Estado deu-se com as crises do modelo econômico do pós-guerra bem como a primeira grave crise do petróleo de 1973¹⁴².

Os marcos históricos do advento do Neoliberalismo podem ser considerados: a posse da líder conservadora Margareth Thatcher como primeira ministra britânica em 1979 (cargo na qual permaneceu até 1990), o exercício da presidência de Ronald Reagan nos Estados Unidos da América (onde cumpriu dois mandatos, entre 1980 e 1988) e o governo de Helmut Kohl na Alemanha durante 15 anos, iniciado em 1982.

O Neoliberalismo representa uma vigorosa reação, de conotação teórica e política, contra os postulados dos Estados Intervencionistas e o *Welfare State* (Bem-Estar). A diminuição do tamanho do Estado para os neoliberais tinha uma só razão: o fato de que “o modelo europeu do Estado de Bem Estar Social estaria superado pois havia se tornado exageradamente custoso para os cofres públicos”. Para tanto, deveriam ser

¹³⁹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política** 7ed.. Brasília: UNB. 1995. Pág. 419.

¹⁴⁰ SADDY, Andre. **Formas de atuação e Intervenção do Estado Brasileiro na Economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

¹⁴¹ Seu texto de origem é a obra “Caminhos da servidão”, escrito por Friedrich Hayek em 1944 e publicado em 1947.

¹⁴² SADDY, Andre. **Formas de atuação e Intervenção do Estado Brasileiro na Economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

deixadas aos entes privados, tanto quanto possível, as questões atinentes aos aspectos econômicos e sociais do Estado¹⁴³.

O grande dogma do Neoliberalismo consiste na quase repulsa à política intervencionista do Estado do Bem Estar Social. Para isto, os neoliberais elegeram o poder sindical e os movimentos operários como os grandes vilões da crise econômica e da alta taxa inflacionária. Isso se deve às pressões reivindicatórias por eles exercidas na busca por melhores salários e condições de trabalho, o que acarreta a universalização dos direitos sociais que, de forma inexorável, abalam as bases de acumulação capitalista¹⁴⁴.

Deve-se notar também que os sindicatos e o movimento operário, com suas políticas agressivas de defesa dos interesses dos trabalhadores, tornam inviável a economia de livre empresa. A partir desse entendimento origina-se uma nova política no sentido de implementação de um Estado Mínimo em relação aos direitos sociais e trabalhistas¹⁴⁵.

Assim, o Neoliberalismo busca converter o Estado em uma agência para o ajustamento das práticas e políticas da economia nacional às exigências da economia global. Sob esta nova ótica, o mercado continuará regendo a economia (a partir de agora em escala global), porém, cada vez mais de forma pactuada ou negociada, dentro de uma espécie de contrato social depurado e operado por grandes atores, organizados em bloco, recolhendo-se o governo a uma posição meramente arbitral em que a parceria assume o lugar do conflito¹⁴⁶.

Todavia, essa nova forma de organização econômica não faz do Estado um mero interventor, um partícipe direto, ou, simplesmente um ente distante e ausente; muito pelo contrário, o Estado possui um papel ativo, como elemento de regulação e fiscalização.

Para alguns economistas como Giovanni Arrighi, o neoliberalismo atual representa a ratificação do papel hegemônico dos EUA na economia mundial e,

¹⁴³ *Op. Cit.*

¹⁴⁴ *Idem.*

¹⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva. 2009.

¹⁴⁶ *Op. Cit.*

sobretudo, sua primazia político-econômica sobre a própria comunidade Econômica Européia, resultado do fim da confrontação bipolar com o mundo socialista liderado pela URSS¹⁴⁷.

Para eles, enquanto o liberalismo serviu para justificar a ascensão e dominação do comércio mundial pela Inglaterra, o neoliberalismo justifica a ascensão do poder comercial dos EUA e justifica a sua vontade de penetrar em todos os mercados nacionais. Giovanni Arrigui, também nos apresenta a posição de Reis Friede:

O falso sucesso da experiência socialista (que, durante várias décadas - especialmente no período compreendido entre a segunda metade da década de 50 até metade da década de 70 - aparentemente alavancou um estrondoso crescimento econômico na URSS e, em menor escala, na China Continental), desmascarado inicialmente, com o processo de abertura chinesa em 1979 e, posteriormente, com a própria crise soviética na década de 80, ao que tudo indica, revelou-se como o estopim para a inauguração de um novo processo, em que, em grande parte, a alternativa do socialismo liberalizante cedeu espaço para um capitalismo social, com novas feições resultantes do retorno (e, para alguns autores, do início) da liderança hegemônica dos Estados Unidos e, por efeito, de seu sistema econômico neoliberal¹⁴⁸

Em suma, pode-se dizer que o modelo Neoliberal funda-se na concepção da presença do Estado sobre a economia, portanto, na revalorização das forças do mercado, na defesa da desestatização e na busca de um Estado financeiramente mais eficiente, probo e equilibrado, reduzindo-se os encargos sociais criados no pós-guerra, ainda, que sem afastar totalmente o Estado da prestação de serviços essenciais José Geraldo de Brito Filomeno sintetiza esta nova concepção:

A diminuição do Estado pela diminuição do Estado é um dogma, assim como a defesa cega do estatismo. Um Estado bom não é um Estado pequeno, mas aquele que atende com mais eficiência aos anseios dos cidadãos. E, ao responder a uma pergunta sobre se entendia o neoliberalismo como um movimento revolucionário, respondeu: 'Sem dúvida, É uma corrente que tem base científica, formada na Universidade de Chicago, um desprezo enorme às instituições e regulamentações e pretende, assim como o comunismo planejou, formar um novo ser humano: um trabalhador rápido,

¹⁴⁷ ARRIGUI, Giovanni. **O longo século XX**. 2 ed. São Paulo: Unesp. 1996.pág.74

¹⁴⁸ *Op. Cit.* pág. 362.

eficiente e capaz de sobreviver num mundo competitivo. Por definição, o neoliberalismo que um Estado que interfira quase nada na economia e, se possível, cobre poucos impostos¹⁴⁹.

Friedrich Hayek faz um ataque apaixonado contra qualquer limitação aos mecanismos de mercado por parte do Estado denunciados como uma ameaça letal à liberdade, não somente econômica, mas também política. Entendia o Autor que os regimes totalitários de esquerda (comunismo) bem como os de direita (nacional – socialismo) possuíam uma matriz intelectual comum, ou seja, a rejeição da tradição liberal do ocidente¹⁵⁰.

Para este pensador, os regimes totalitários – que gradualmente abandonaram os ideais liberais e o respeito à autonomia privada individual, considerados vigas mestras da civilização ocidental - apesar de suas boas intenções, conduzem o ser humano para uma espécie de servidão moderna¹⁵¹.

Apesar do tom pessimista de suas ideias, Hayek afirma que a única forma de reverter este quadro seria através da recuperação e do aprofundamento da tradição liberal, através da promoção e defesa dos ideais do governo limitado, dos direitos individuais e da igualdade perante a lei¹⁵².

O Estado Neoliberal, em princípio, pressupõe uma ampla liberdade de iniciativa no que diz respeito ao exercício de atividade ou profissão. Referida liberdade, porém, não pode comprometer a justiça social considerada um dos pressupostos do próprio bem comum do Estado.

Em razão disso, impõem-se limites a essa liberdade, como a regulação do mercado, quer através do exercício da própria atividade econômica pelo Estado, ou então pela permissão ou concessão de atividades reputadas essenciais. A atividade econômica deve ser exercida pelo capital privado cabendo ao Estado apenas aquelas atividades que, pela sua natureza, não são passíveis de exploração mercantil¹⁵³.

¹⁴⁹ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. 6 ed. Rio de Janeiro:Forense Universitária. 2006. Pág. 158.

¹⁵⁰ *Op. Cit.*

¹⁵¹ JUDT, Tony. **Pós – Guerra. Uma história da Europa desde 1945**. Rio de Janeiro: Objetiva. 2007.

¹⁵² *Op. Cit.*

¹⁵³ *Idem.*

Os neoliberais, de certo modo, pregam o regresso ao postulado liberal de separação Estado/Economia e Estado/ Sociedade. Neste sentido, a economia seria exclusiva dos entes privados (sociedade civil, sociedade econômica) cabendo ao Estado somente garantir a liberdade individual (liberdade econômica e liberdade de adquirir e possuir sem entraves), que proporcionaria igualdade de oportunidade para todos¹⁵⁴.

Em razão disso, ganhou força a rejeição do Estado como operador da vida econômica e anulou-se a capacidade de direção e planificação da economia do Estado prestador de serviços. Como consequência, assiste-se a uma onda de privatizações de empresas públicas, mesmo na área de serviço público¹⁵⁵.

A ideologia neoliberal tem submetido o conjunto dos serviços públicos à empresarialização, ao enquadramento através das parcerias público-privadas bem como abertura desses setores ao capital exclusivamente privado (privatização).

A privatização - principal característica do modelo de Estado Neoliberal - trouxe consigo a necessidade de garantir a salvaguarda de determinados interesses públicos e a consequente imposição às empresas privadas que prestam serviços públicos, um conjunto de deveres e obrigações. Esta função de regulação, justificada pela necessidade de proteger o interesse dos destinatários dos serviços públicos, será realizada por agências reguladoras independentes e não pelo Estado¹⁵⁶.

Com isso, começa a ganhar corpo o conceito de “*economia de mercado regulada*”. A ideia é afirmar as virtudes da concorrência e esvaziar o Estado Social, então responsável pela prestação de serviços públicos. Trata-se do advento do Estado regulador. Luis Roberto Barroso sintetiza de forma bastante clara as características do Estado Neoliberal ao aduzir:

A partir do início da década de 80, em diversos países ocidentais, o discurso passou a ser o da volta ao modelo liberal, o Estado Mínimo, o neoliberalismo. Dentre seus dogmas, que com maior ou menor intensidade correram o mundo, estão a desestatização e desregulamentação da economia, a redução das proteções sociais ao trabalho, a abertura de mercado e a inserção internacional de países,

¹⁵⁴ SADDY, Andre. **Formas de atuação e Intervenção do Estado Brasileiro na Economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

¹⁵⁵ *Op. Cit.*

¹⁵⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva. 2003.

sobretudo através do comércio. O neoliberalismo pretende ser a ideologia da pós-modernidade, um contra-ataque do privatismo em busca do espaço perdido pela expansão do Estado¹⁵⁷.

Portanto, a ideologia neoliberal caracteriza-se pelo incentivo a uma postura reducionista do Estado, num direcionamento em prol das privatizações no qual se professa a crença de que o livre jogo das forças do mercado se encarregam de produzir naturalmente o progresso, o bem estar e a felicidade nacional. Na América Latina e no Brasil, a onda neoliberal recebeu o nome de Ajuste, que consistia basicamente em diminuir o tamanho do Estado e flexibilizar os direitos sociais e trabalhistas¹⁵⁸.

A diminuição do tamanho do Estado se daria com a transferência de serviços às empresas privadas, sobretudo às multinacionais, não cabendo a ele (Estado) interferir em preços e salários; enquanto que a flexibilização dos direitos sociais e trabalhistas serviriam como meio de atração do capital estrangeiro. As normas, atualmente aplicáveis a todas as categorias de trabalhadores, passariam a ser específicas ou por categorias, resultado de acordos coletivos¹⁵⁹.

Essa política de ajuste tem como matriz o chamado “Consenso de Washington”, reunião realizada em novembro de 1989, onde o Brasil e os demais países da América Latina aderiram ao Neoliberalismo e às ideias impostas pelo Banco Mundial, FMI (Fundo Monetário Internacional) e BID (Banco Interamericano de Desenvolvimento)¹⁶⁰.

A adesão do Brasil a esses postulados foi realizada de forma plena (disciplina fiscal, liberdade de mercado e desregulamentação), permitindo-se apenas ligeiros desvios para as questões atinentes à educação, saúde, direito ambiental e direito do consumidor¹⁶¹.

¹⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva. 2009. p.66

¹⁵⁸ SADDY, Andre. **Formas de atuação e Intervenção do Estado Brasileiro na Economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

¹⁵⁹ *Op. Cit.*

¹⁶⁰ Assim se denominou uma corrente de pensamento liberal que defendia uma série de reformas pró – economia de mercado como saída para os países da América Latina voltarem a crescer, superando um quadro pesado endividamento somado à recessão e altas taxas de desemprego. O nome “Consenso de Washington” vem de um seminário realizado em 1989, na capital americana, coordenado pelo economista britânico John Williamson, reunindo economistas norte americanos e funcionários dos principais organismos internacionais, a começar pelo Banco Mundial. Não poucos consideram o “Consenso de Washington” como sinônimo de neoliberalismo ou mesmo de globalização, até porque suas recomendações foram, em parte, adotadas pelo Banco Mundial e outras agências internacionais.

¹⁶¹ SADDY, Andre. **Formas de atuação e Intervenção do Estado Brasileiro na Economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

Com a entrada em cena do Neoliberalismo no Brasil e a necessidade de positivação de seus postulados em âmbito constitucional, houve uma espécie de afronta ao espírito, aos princípios e aos valores sociais consagrados pelos constituintes de 1988. De acordo com Paulo Bonavides:

Nesse quadro efervescente e crítico a Constituição se tornou também outro campo de batalha. Ali o neoliberalismo econômico e político, depois de subir ao governo, busca apoderar-se das instituições e dar à carta Magna compleição que seja o reflexo e a imagem da nova ordem, a um tempo reacionária e conservadora¹⁶².

Das Emendas que a Constituição recebeu, muitas delas alteraram de forma significativa a fisionomia da Lei Maior no que concerne ao seu conteúdo material. Todavia, as Emendas à Constituição de nº 5, 6, 7, 9, 13 e 19 foram as que deram feição Neoliberal ao Estado Brasileiro, rompendo com alguns obstáculos jurídicos que impediam a entrada do País na nova ordem econômica mundial¹⁶³. Conforme destaca Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Na verdade, grande parte das Emendas que foram aprovadas ou que ainda tramitam visam a expungir do texto o seu estatismo e o seu corporativismo.

Os homens que tiveram uma inegável responsabilidade no estatismo impresso pela Constituição na ordem econômica parecem hoje (junho de 2002) convencidos da necessidade de desestatização da economia. Em consequência, são os principais impulsionadores das alterações

¹⁶² BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8 ed. São Paulo:Malheiros.2007. pág. 112.

¹⁶³ Emenda Constitucional nº 6 : “ a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o caput deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas” ; Emenda Constitucional nº 7: “ art. 178. a lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático, e terrestre, devendo, quanto à observação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade”, parágrafo único “Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias de cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeira; Emenda Constitucional nº 9. “O parágrafo primeiro do art. 177 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação – A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei”, parágrafo 2º “ a lei a que se refere o parágrafo primeiro disporá sobre I – a garantia de do fornecimento dos derivados do petróleo em todo território nacional, II – as condições de contratação, III – a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União”; Emenda Constitucional nº 13 “ art. 192, inciso II - autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, resseguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador”; Emenda Constitucional nº 19: “artigo 173, parágrafo primeiro: “A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção u comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:”

constitucionais, as quais promovem um aligeiramento da carga estatal, ao preço de uma profunda liberalização econômica¹⁶⁴.

Percebe-se, pois, que as Constituições programáticas, apesar de esmiuçar os direitos, impedindo o seu aviltamento, mostram-se inconvenientes quando há a necessidade de mudanças profundas nas diretrizes políticas inseridas em seu texto. Nesse contexto, passemos à análise das primeiras Constituições Sociais e da Constituição Brasileira de 1988.

¹⁶⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva. 2003. pág.134.

CAPÍTULO II

CONSTITUIÇÕES SOCIAIS E O CONTEXTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

2.1. CONSTITUIÇÕES SOCIAIS NO DIREITO COMPARADO

Historicamente, a Constituição Mexicana (1917) e a de Weimar (1919) foram as primeiras constituições sociais que inovaram em conciliar direitos de liberdades e direitos socioeconômicos em um único texto¹⁶⁵.

As Constituições sociais, que tiveram como fonte de inspiração aludidas Cartas, e que eram destinadas, antes de tudo, aos indivíduos inseriram em seu bojo grupos sociais, que vão desde associações até Municípios. Esta forma de inclusão buscou conciliar os direitos patronais com os dos trabalhadores, e os dos produtores com os consumidores¹⁶⁶.

Assim, através da intervenção estatal nas esferas da vida econômica e individual, foram reformuladas as garantias institucionais, ampliando-se a participação no poder, além de ter havido a constitucionalização de uma série de direitos de ordem material¹⁶⁷.

O tratamento normativo da matéria social na Constituição Mexicana em seus artigos 3,4,5, 25 a 28 e 123, possuem um teor qualitativo e quantitativo superior à da Constituição de Weimar, promulgada em 1919, dois anos depois¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Para alguns historiadores, a Constituição de Weimar jamais logrou êxito uma vez que, sua vigência se deu sob condições econômicas precárias, resultado da política de reparações de guerra impostas pelo Tratado de Versailles.. CHEVALIER, Jean-Jacques. **História do Pensamento Político**. Tomo II, Rio de Janeiro: Guanabara, 1982.

¹⁶⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva. 2003.

¹⁶⁷ *Op. Cit.*

¹⁶⁸ O artigo 25 da Constituição Mexicana dispõe de forma bastante clara a necessidade da intervenção do Estado nas questões econômicas ao estatuir: *corresponde al estado la rectoia Del desarrollo naciional para garantizar que este sea integral y sustentable, que fortalezca la soberania de la nacion y su regimen democrático y que, medinate el fomento Del crecimiento econômico y el empleo y una mas justa distribucion Del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta constitucion*” completando com a afirmação de que “*el estado planeara, conducira, coordinara y orientara la actividad económica nacional, y llevara al cabo la regulacion y fomento de lãs actividades que demande el inters general em el marco de libertades que outorga esta constitucion.*”

Aludida Constituição consagra direitos econômicos e sociais que, basicamente, dizem respeito ao trabalho, seguro social, função social da propriedade, questões atinentes à nacionalização e empresa pública. De acordo com André Ramos Tavares:

grande relevância histórica adquiriu o artigo 27, que, ao dispor sobre a propriedade privada, estabeleceu a distinção entre propriedade originária, que era atribuída à nação, e a propriedade derivada, pela qual a nação poderia transmitir seu domínio aos particulares. Aboliu-se, ademais, o caráter absoluto da propriedade privada, submetendo o seu uso, incondicionalmente, ao interesse público, criando, assim, o fundamento jurídico para a importante transformação sociopolítica provocada pela reforma agrária ali implantada, a primeira a se realizar no continente latino americano. Influenciada pela legislação antitruste norte- americana, combatia a mencionada Constituição o monopólio, a elevação artificial do preço de produtos e as práticas tendentes a eliminar a concorrência¹⁶⁹.

Contudo, deve-se atentar para o fato de que a Constituição de Weimar possui mais prestígio do que a Carta Mexicana, embora tenha sido promulgada posteriormente. Isso se deve, de acordo com Paulo Bonavides a:

O peso superior da influência e força sugestiva da Alemanha sobre outros países, nomeadamente os do velho mundo, cenário de seu desenvolvimento político, militar, cultural e intelectual. Países que contemplam, atônitos, o quadro de catástrofe em que aquela nação submergira e da qual buscava erguer-se com um projeto democrático e institucional deveras inovador. O projeto consistiu numa constituição de bases sociais, promulgada na antevéspera da grande convulsão ideológica que abalaria o século XX com o advento do Bolchevismo, do fascismo e do nacional- socialismo¹⁷⁰.

Nessa linha, tem-se que a Constituição de Weimar pretendeu conciliar a herança liberal e seus correspondentes direitos e liberdades com as novas exigências culturais, econômicas e sociais, em torno dos quais, em forma de compromisso, estabeleceram-se grupos com conotação ideológica democrata cristã e social democratas¹⁷¹.

No sentido de vincular as empresas privadas às suas responsabilidades sociais, a Constituição de Weimar criou o instituto da cogestão através do qual se garantia, em

¹⁶⁹ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 2ed. São Paulo: Saraiva. 2006. Pág. 89.

¹⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8 ed. São Paulo: Malheiros. 2007. pág. 339.

¹⁷¹ *Op. Cit.*

determinados casos específicos, a participação dos trabalhadores na gestão das empresas, o que significava uma limitação à liberdade absoluta do capital privado. No fundo, o instituto da cogestão simbolizava uma tentativa de reduzir as tensões e conflitos sociais e arrefecer o movimento sindical e as lutas operárias. Em última análise, objetivou enfraquecer a luta de classes¹⁷².

Aludida Constituição é considerada excessivamente casuísta ao tratar dos direitos sociais. Todavia, esse casuísmo justifica-se em razão da relevância e do ineditismo com que na Europa a Constituição de Weimar incorporou à sua ordem jurídica direitos de uma nova dimensão, como são os direitos sociais¹⁷³. Norberto Bobbio, mostra de forma bastante clara a política intervencionista da República de Weimar ao aduzir:

As últimas fases da República de Weimar, por exemplo, já antes do advento do nacional-socialismo, se caracterizaram pelo aumento das intervenções presidenciais, sob forma de decretos e por um crescente recurso ao poder de revisão judiciária, pelo qual o juiz podia interpretar a lei geral e abstrata, fazendo uso de “princípios gerais” extrajurídicos, particularmente nos dissídios trabalhistas e na regulamentação da concorrência de mercado¹⁷⁴.

Desde o surgimento do chamado Estado Contemporâneo, usualmente localizado no tempo, em 1917, com a promulgação da Constituição Mexicana e então logo em seguida pelo advento da Constituição de Weimar, em 1919, tem havido uma crescente preocupação no sentido de que as respectivas Cartas Magnas espelhem, de forma clara, a necessidade de que o Estado seja dotado de função social. Conforme Antonio José Avelãs Nunes:

A par da nacionalização, a Constituição de Weimar consagra outros instrumentos menos ‘radicais’, tendo em vista a disciplina da propriedade privada. É o caso típico, do princípio da função social da propriedade: “A propriedade obriga. O seu uso deve estar a serviço não só do interesse privado mas também do bem comum” (parágrafo 3º, art. 153).

¹⁷² GAY, Peter. **A Cultura de Weimar**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

¹⁷³ A Constituição de Weimar é estruturada em duas grandes partes: A primeira parte organizava o Estado Alemão, disciplinando a relação entre os entes federativos (Capítulo I) e entre os Poderes (Capítulos II a VII). A segunda parte, por sua vez, estabelecia o catálogo de direitos fundamentais, do qual constavam tanto direitos individuais, de origem liberal, quanto os direitos sociais, aí incluídos a proteção do trabalhador e o direito à educação.

¹⁷⁴ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política** 7ed.. Brasília: UNB. 1995. Pág. 402.

Assim se tentava uma outra via de “socializar” a propriedade privada, não se limitando a consagrar um mero limite negativo ao direito de propriedade, mas impondo aos proprietários comandos positivos quanto ao modo e ao sentido da utilização dos bens de sua propriedade¹⁷⁵

Função, sob o aspecto jurídico, corresponde ao poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em proveito do próprio titular. Tulio Cavallazi Filho apresenta um conceito de função social ao aduzir:

Dessa forma, pode-se atestar que a Função, na doutrina jurídica, tem como elemento presente a idéia de um poder que não se exerce exclusivamente no interesse próprio, mas também em relação à coletividade, proporcionando assim o surgimento da denominada Função Social¹⁷⁶.

As Constituições dos Estados contemporâneos caracterizam-se por abandonar as anteriores Constituições do Estado pelas Constituições da sociedade. Sob essa nova ótica, buscou-se assinalar o primado da sociedade sobre o Estado, afastando a inércia estatal do século XIX para consolidar a reabilitação do papel do Estado com referência à democracia, à liberdade e à igualdade¹⁷⁷.

Desse modo, em que pese o pioneirismo da Constituição Mexicana, foi pelo influxo da Constituição de Weimar, de 1919, que se instaurou o intervencionismo estatal nas constituições modernas onde se buscou compatibilizar a livre iniciativa – herança do liberalismo, com limitações, não só ao direito de propriedade, mas também à liberdade individual de contratar bem como a todas as relações socioeconômicas da vida privada¹⁷⁸.

Muito embora sejam encontradas no Estado Neoliberal, algumas Constituições, promulgadas sob a égide do Neoliberalismo, mostram-se sociais. O que pode ser considerado um dos motivos para tanto, é a vedação ao retrocesso social.

¹⁷⁵ NUNES, José Avelãs. **O Estado Capitalista. Mudar para permanecer igual a si próprio.** Constituição e Estado Social – Os obstáculos à sua concretização.Org. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto et alii. São Paulo: RT Coimbra: Coimbra. 2008. págs. 51/52.

¹⁷⁶ FILHO, Túlio Cavallazzi. **A função social da empresa e seu fundamento constitucional.** Florianópolis: OAB/SC. 2006. pág. 103.

¹⁷⁷ GAY, Peter. **A Cultura de Weimar.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

¹⁷⁸ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 8 ed. São Paulo:Malheiros.2007.

O princípio da proibição do retrocesso social visa resguardar o direito social que já foi concretizado na ordem jurídica, e não se manifesta apenas no campo restrito dos direitos fundamentais sociais. As cláusulas pétreas, por exemplo, são imposições constitucionais que vedam expressamente o retrocesso quanto aos direitos fundamentais de modo amplo¹⁷⁹. Passa-se às considerações acerca das principais Constituições Sociais.

Em primeiro lugar, não se poderia deixar de trazer a Constituição de Portugal, promulgada em 1976. A esse propósito, dois juristas israelenses¹⁸⁰, após estudarem a Constituição de 68 países para analisar como é a disciplina constitucional dos direitos econômicos, sociais e culturais, fizeram um “*ranking*” sobre quais as constituições que mais previam direitos sociais. Portugal ficou em primeiro lugar, seguido pelo Brasil, o que mostra ser a Constituição Lusa bastante avançada nessa área¹⁸¹.

Deve ser registrado, ainda, que a Constituição portuguesa optou por separar os direitos de liberdade dos direitos de igualdade, colocando-os em títulos diversos (os direitos de liberdade estão no Título II; os direitos econômicos, sociais e culturais, no Título III). Por essa razão, a doutrina constitucional portuguesa não coloca os direitos econômicos, sociais e culturais no mesmo patamar dos direitos de liberdade¹⁸².

Ao tratar dos direitos econômicos, sociais e culturais na Constituição portuguesa, Canotilho explica que eles não se contrapõem aos direitos de liberdade. “São apenas direitos diferentes destes, sujeitos ao regime geral dos direitos fundamentais, mas não beneficiando do regime especial dos direitos, liberdades e garantias (a não ser que constituam direitos de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias)”¹⁸³.

¹⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 439.

¹⁸⁰ Avi Ben-Bassat e Momi Dahan.

¹⁸¹ BEN-BASSAT, Avi & DAHAN, Momi. **Social rights in the Constitution and in practice**. In: School of public policy working paper. n. 05-03. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=407260>>. Acesso em: 22 de junho de 2017.

¹⁸² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador** – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994 (reimpressão).

¹⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. págs. 400/401.

A aplicabilidade imediata estaria no regime especial dos direitos de liberdade e, portanto, não se aplicaria aos direitos socioeconômicos. Assim, para ele, alguns direitos sociais seriam autoexecutáveis; enquanto outros seriam direitos à prestações dependentes da atividade mediadora dos poderes públicos (v.g.: direito à saúde e à educação), sendo que, no último caso, a efetivação estaria submetida à Reserva do Possível¹⁸⁴¹⁸⁵.

De igual modo, na Espanha, nem todos os direitos sociais previstos na Constituição são considerados pela doutrina como direitos fundamentais. É que, na Espanha, apenas os direitos especificados nos artigos 14 a 29 da Constituição espanhola (quase todos direitos de liberdade) possuem um tratamento normativo e processual privilegiado, já que a própria Constituição, no artigo 53.2, previu a sua proteção através do recurso de amparo (que não é o mesmo *juicio de amparo* previsto no direito mexicano e que influenciou o nosso mandado de segurança), recurso julgado diretamente pelo Tribunal Constitucional. E como os direitos socioeconômicos estão fora do catálogo previsto na Constituição, não são considerados pela doutrina como direitos fundamentais, embora não lhes seja negada proteção jurídica.

Nesse sentido, cita-se Gregorio Robles, para quem os direitos econômicos, sociais e culturais não seriam verdadeiros direitos fundamentais, por lhes faltar uma característica básica: o tratamento normativo e processual privilegiado. Em sua ótica, os direitos socioeconômicos não gerariam direitos subjetivos, sendo tão somente “princípios de política legislativa”¹⁸⁶. E, portanto, também se pode inferir que estariam submetidos à Reserva do Possível.

No âmbito dos países latino-americanos, foi firmada, no dia 24 de julho de 1998, em Quito, uma declaração “acerca da exigibilidade e realização dos direitos econômicos, sociais e culturais na América Latina e no Caribe”. Da qual podemos mencionar:

A exigibilidade é um processo social, político e jurídico. A forma e medida em que um Estado cumpra com suas obrigações relativas aos direitos econômicos, sociais e culturais não somente há de ser matéria reservada aos órgãos de cumprimento das normas que os consagram e

¹⁸⁴ A teoria da Reserva do Possível será objeto de análise mais adiante neste trabalho.

¹⁸⁵ *Op. Cit.* Págs. 473/474.

¹⁸⁶ ROBLES, Gregório. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. São Paulo: Manole, 2005, pág. 9.

garantem, mas também deve abarcar a participação ativa da sociedade civil nesta tarefa como uma condição substancial do exercício de sua cidadania. Os direitos econômicos, sociais e culturais são direitos subjetivos cuja exigibilidade pode exercer-se individual ou coletivamente¹⁸⁷.

Por outro lado, cumpre ser mencionado que na Alemanha, a Lei fundamental de 1949 não incluiu direitos econômicos, sociais e culturais em seu texto, muito embora tenha incorporado conceitos como “Estado Social” e “dignidade da pessoa humana”, que são frequentemente invocados para obrigar o Estado a cumprir tarefas específicas, ainda que não gerem direitos subjetivos para sua realização. Segundo Andreas Krell, a doutrina alemã se refere às normas sociais da Lei Fundamental de 1949 como “mandados” e não propriamente “direitos”¹⁸⁸.

Por fim, mostra-se digno de nota que a Constituição norte-americana é eminentemente liberal, não contendo qualquer alusão a valores sociais, a não ser uma cláusula genérica a respeito do direito de igualdade (Emenda 14)¹⁸⁹.

2.2. O PANORAMA GEOPOLÍTICO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Antes de adentrar-se propriamente nas considerações acerca do contexto da promulgação da Carta de 1988, cabe dizer, no que toca à normatividade constitucional dos direitos sociais no Brasil, que esta teve início com a Constituição de 1934, sob a influência das Constituições de Weimar e a Mexicana de 1917, perpetuando seus postulados por todas as demais Constituições que a sucederam¹⁹⁰. Passemos ao contexto.

Quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, três grandes fatores históricos influenciaram a situação geopolítica mundial transformando, substancialmente, a relação entre as Nações, notadamente nas questões políticas, sociais e econômicas¹⁹¹.

¹⁸⁷ _____ **Declaração de Quito**. Disponível em: <http://www.pidhdd.org/quito.htm>. Acesso em: 20/06/2017.

¹⁸⁸ KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha** – os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, págs. 45/49.

¹⁸⁹ SUNSTEIN, Cass R. **The second bill of rights: FDR’s revolution and why we need it more than ever**. New York: Basic Books, 2004.

¹⁹⁰ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006.

¹⁹¹ IANNI, Octavio. **A sociedade Global**. 3ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 1995.

Esses fatores foram: a chegada de Mikhail Gorbachev ao poder na União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) em 1985 e o seu conseqüente término em 1991 e, por último, a queda do muro de Berlim em 1989¹⁹².

Gorbachev, ao tomar posse como presidente executivo da extinta URSS, promoveu dois grandes processos reformistas de amplo espectro que implicou em grandes mudanças na sociedade soviética com alteração no quadro mundial de equilíbrio de poder. Essas mudanças foram chamadas de “*Perestroika* e “*Glasnost*”¹⁹³.

A “*Perestroika*”, de caráter econômico, implicou no início da integração da URSS à economia de mercado, enquanto que a “*Glasnost*”, de caráter eminentemente político, buscou quebra do monopólio do partido único.

Ambos os processos, estreitamente ligados, procuravam reduzir a ineficiência e a corrupção no país além de incentivar a liberalização política do regime. No plano externo, a “*Perestroika*” e a “*Glasnost*” contribuíram para o fim do controle soviético sobre os países do bloco oriental europeu, assumiu uma postura de maior neutralidade em relação aos conflitos no terceiro mundo e redimensionou a URSS nas relações com o mundo capitalista em geral. Conforme Mikhail Gorbachev :

Não nos limitamos a reavaliar a realidade de um mundo multifacetado e multidimensional e a analisar apenas as diferenças de interesse entre os vários Estados. Chegamos ao âmago da questão: a tendência, cada vez mais acentuada de interdependência entre todos os Estados da comunidade mundial. Essa é a dialética do momento de desenvolvimento que vivemos¹⁹⁴.

Tanto a “*Perestroika*” como a “*Glasnost*” colocaram a URSS numa postura totalmente nova em relação ao ocidente e ao mundo capitalista bem como aos valores da democracia. Com a chegada destes dois movimentos, aliados ao clima de maior liberdade que o povo passou a viver vieram à tona sentimentos nacionalistas em várias das repúblicas soviéticas que, desde a época de Stalin, haviam sido duramente reprimidos¹⁹⁵.

¹⁹² *Op. Cit.*

¹⁹³ *Op. Cit.*

¹⁹⁴ GORBACHEV, Mikhail. *Perestroika – novas idéias para o meu país*. São Paulo: Círculo do Livro. 1998. Pág. 157.

¹⁹⁵ IANNI, Octavio. *A Sociedade Global*. 3ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 1995.

Essa maior liberdade de expressão fez com que houvesse a erupção de movimentos no sentido de rever as fronteiras internas do país fazendo com que a URSS caminhasse, de forma inexorável, para a desintegração política.

Em 1989, a queda do Muro de Berlim significou um colapso sobre os países comunistas colaborando para a unificação das duas Alemanhas. O muro de Berlim simbolizava a divisão do mundo em dois blocos: Berlim Ocidental (RFA) simbolizava os países capitalistas, encabeçado pelos EUA; enquanto que Berlim Oriental (RDA) simbolizava os países socialistas que estavam sob a esfera de influência do regime soviético¹⁹⁶.

Esse fato, ocorrido em 09 de novembro de 1989, iniciou a reunificação alemã, implicou no fim da divisão do mundo em dois blocos, no fim da “guerra fria” e no fim de um ciclo de luta de classes, em escala mundial, iniciado com a Revolução Russa¹⁹⁷.

Nesse contexto, Fernando Henrique Cardoso afirma que a Constituição votada nasceu de uma era estatizante e corporativa, às vésperas da queda do muro de Berlim e da virada anticorporativista de boa parte das próprias esquerdas mundiais¹⁹⁸.

A Constituição Federal de 1988, quando promulgada, não se contentou apenas em regular a divisão de poderes entre as várias agências do governo e definir as relações entre os povos mas seguiu uma tendência das Constituições em voga no século XX que consistia em consagrar o dirigismo econômico.

Nada foi mais modificado no Texto Constitucional de 1988 do que os artigos que tratavam, de forma direta ou indireta, da economia. Luís Roberto Barroso é bastante preciso ao demonstrar a necessidade do Estado Brasileiro alinhar-se com o contexto geopolítico ao aduzir:

¹⁹⁶ *Op. Cit.*

¹⁹⁷ *Idem.*

¹⁹⁸ CARDOSO, Fernando Henrique. **A arte da política – a história que vivi**. 3. ed. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira. 2006.

A despeito de seus discutíveis antecedentes, o Estado foi depositário de uma série de expectativas do constituinte de 1988. A verdade, todavia, é que tal modelo de maior intervencionismo estatal não resistiu à onda mundial de esvaziamento do Estado como protagonista do processo econômico. Além da simbologia radical da queda do muro de Berlim, a verdade inafastável é que mesmo em países de tradição social participativa, como Reino Unido e França, houve uma inequívoca redefinição do papel do Estado¹⁹⁹.

No que pesem as intenções dos Constituintes ao elaborarem o novo Texto Magno, várias emendas foram editadas para alterar regras econômicas produzidas pela Assembleia Constituinte no sentido encorajar os investimentos externos, aumentar o crescimento do País e os ganhos de produtividade das empresas, uma vez que muitas das previsões encontravam-se em descompasso com as diretrizes da economia mundial²⁰⁰.

¹⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo I. 2ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. pág. 398.

²⁰⁰ *Op. Cit.*

CAPÍTULO III

A ORDEM ECONOMICA E SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

3.1. A CONSTITUIÇÃO ECONOMICA

Inicialmente, precisa ser enfrentado o que se entende por ordem econômica. Segundo Eros Roberto Grau, tal expressão deve ser lida como uma parcela da ordem jurídica, chama ainda atenção para o fato de que, no passado, já se encontrava nas Constituições escritas, no bojo de suas ordens jurídicas (como parcelas delas), “normas institucionalizadoras das ordens econômicas (mundo do ser) nelas praticadas”, ou seja, a economia definia a ação e o direito institucionalizava tal proposta, daí que segundo citado autor a ordem jurídica (dever-ser) está voltada à regulação da ordem econômica (ser)²⁰¹. Em um conceito sistematizado a ordem econômica, segundo Grau, pode ser compreendida como:

(...) conjunto de princípios jurídicos de conformação do processo econômico, desde uma visão macrojurídica, conformação que se opera mediante o condicionamento da atividade econômica a determinados fins políticos do Estado. Tais princípios (...) gravitam em torno de um núcleo, que podemos identificar nos regimes jurídicos de propriedade e do contrato²⁰².

André Ramos Tavares destaca que a origem da expressão Constituição Econômica surgiu em 1771, nos estudos de Nicolas Baudeau, tendo este designado um dos capítulos de sua obra *Première introduction à la philosophie économique*²⁰³. Apesar de ter surgido com Baudeau, Eros Roberto Grau nos lembra que tal conceito ganhou corpo a partir da Constituição de Weimar (1919) ao dispor sobre a vida econômica²⁰⁴. Conforme anota André Ramos Tavares o termo em questão ainda é pouco usada em nosso País, ressaltando que:

²⁰¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. Págs. 70/73.

²⁰² *Op. Cit.* Pág. 70.

²⁰³ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2003. Págs. 72/73.

²⁰⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

A Constituição Econômica teria passado a existir quando da conformação consciente e sistemática da ordem econômica por uma decisão política, sendo viável, inclusive expressá-la pela ideia de política econômica (...). Nesses termos poder-se-ia sustentar seu surgimento apenas a partir da guerra, quando se perdeu a confiança da auto-regulamentação econômica do mercado²⁰⁵.

Para Eros Grau, a Constituição Econômica enuncia os fins da política econômica, e por sua vez postula na sua conformação, uma nova ordem econômica, motivos pelos quais se apresentam como Constituições diretivas ou programáticas, já que não são meros instrumentos de governo, mas também “enunciam diretrizes, programas e fins a serem pelo Estado e pela sociedade realizados”, vale dizer, um plano normativo-material-global do Estado e da Sociedade²⁰⁶.

A Constituição Federal de 1988 foi promulgada apresentando já uma estrutura sólida no que concerne à ordem econômica do País. Buscou-se minimizar o caráter intervencionista, vigente até então, adotando um modelo liberal, no qual o sistema escolhido foi o capitalista descentralizado baseado na economia de mercado²⁰⁷.

No Brasil, a atual Constituição (no art. 170 e demais dispositivos dispostos em outros títulos) estabeleceu um conjunto de regras e princípios voltados à ordem econômica, dando, pois, o direcionamento ideológico à política econômica do País. Daí, no entendimento de Eros Grau, a atual Constituição ser, inquestionavelmente, dirigente²⁰⁸.

Conforme nos apresentou Canotilho²⁰⁹, Constituição Dirigente é aquela cujas normas impõem tarefas e programas que o Estado deve seguir e defende a possibilidade do controle constitucional da atividade do Legislador, inclusive das omissões legislativas²¹⁰.

²⁰⁵ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2003. Pág. 72.

²⁰⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. Pág. 78.

²⁰⁷ *Op. Cit.*

²⁰⁸ *Idem*. Pág. 106.

²⁰⁹ Na sua famosa tese de doutorado “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas”.

²¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador** – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994

Ou seja, Constituição dirigente pode ser entendida como aquela que procura direcionar, determinar e dirigir a política econômica do Estado e a sua economia. Ela estabelece as diretrizes e os programas, de forma a controlar as políticas e a atividade econômica do país. Tal espécie de Constituição concebe, pois, um Estado intervencionista, visto que seus dispositivos determinam ou ditam regras traçando a política econômica estatal, impondo um controle acentuado na economia e no planejamento econômico²¹¹.

Nesse contexto, como já mencionado, a Carta Magna da República de 1988 trouxe em seu bojo um rol de princípios e normas, que fundamentam a ordem econômica e financeira do País. Para aprofundar a contextualização do tema proposto inicialmente neste estudo, passamos a apresentar e analisar os princípios da ordem econômica brasileira.

PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONOMICA

Antes de tudo, dever ser mencionado que a Constituição de 1988 prevê princípios para as mais diversas áreas do direito. Esses fundamentos, que servem de base para todo o sistema jurídico, são uma espécie de alicerce das normas jurídicas. São preceitos que permitem uma ação ou exigem uma determinada conduta. E, ainda, conforme entende Paulo Luiz Netto Lôbo, “a doutrina passou a entender que os princípios constitucionais são auto-executáveis. De acordo com José Afonso da Silva, “princípio exprime a noção de mandamento nuclear de um sistema”²¹². E, ainda:

Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são (como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira) núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais. Mas, como disseram os mesmos autores, os

(reimpressão).

²¹¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

²¹² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. Pág. 91.

princípios, que começam por ser a base de *normas jurídicas*, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio e constituindo preceitos básicos da organização constitucional²¹³.

O artigo 170, *caput*, da Constituição da República, ao iniciar o capítulo I do Título VII, que trata sobre os princípios gerais da atividade econômica, determina as finalidades da ordem econômica. Veja-se:

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: (...) ²¹⁴.

Nesse sentido, pode-se afirmar que, na Constituição de 1988, há uma junção entre os interesses capitalistas (valorização da livre iniciativa) e interesses sociais (valorização do trabalho e garantia de existência digna)²¹⁵.

No Estado Democrático de Direito, o exercício da livre iniciativa está diretamente ligado à garantia que será proporcionada à valorização do trabalho e a busca pela efetividade da existência digna ao ser humano. Dessa forma, a liberdade econômica, conforme os ditames constitucionais, não é absoluta, como no modelo Liberal Clássico²¹⁶. Sobre a inadmissibilidade de normas e condutas incompatíveis com o artigo 170 da Constituição da República, explana Eros Roberto Grau:

A amplitude dos preceitos constitucionais abrange não apenas normas jurídicas, mas também condutas. Daí porque desejo afirmar, vigorosamente, serem constitucionalmente inadmissíveis não somente normas com ele incompatíveis, mas ainda quaisquer condutas adversas ao disposto no art. 170 da Constituição²¹⁷.

²¹³ *Op. Cit.* pág. 92. Grifo no original.

²¹⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. 2018.

²¹⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

²¹⁶ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2003.

²¹⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. Pág. 196.

Desse modo, conclui-se que para a Constituição da República, o sistema econômico deve ter coerência e equilíbrio entre os interesses econômicos, jurídicos e sociais. Tudo isso para promover um desenvolvimento harmonioso e eficaz da coletividade, com coerência às exigências de um Estado Democrático de Direito, especialmente visando efetivar a dignidade da pessoa humana.

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Embora não seja um princípio exclusivo da Ordem Econômica, a dignidade da pessoa humana influencia diretamente os mandamentos da Constituição Econômica pátria. A palavra dignidade vem do latim *dignitate* e significa “respeitabilidade; autoridade moral²¹⁸”. Registra Nicola Abbagnano:

O que tem preço pode ser substituído por alguma outra coisa equivalente, o que é superior a qualquer preço, e por isso não permite nenhuma equivalência, tem dignidade. Substancialmente, a dignidade de um ser racional consiste no fato de ele não obedecer a nenhuma lei que não seja também instituída por ele mesmo. A moralidade, como condição dessa autonomia legislativa, é, portanto, a condição da dignidade do homem, e moralidade e humanidade são as únicas coisas que não têm preço²¹⁹.

Observe-se que o princípio da dignidade da pessoa humana, além de ser um dos fundamentos da organização de um Estado Democrático de Direito, pode ser considerado um princípio do qual emanam os outros direitos fundamentais, individuais e coletivos. Neste sentido, João Maurício Penna Lamounier explicita que:

O princípio da dignidade da pessoa humana, como fundamento da República Federativa do Brasil, como raiz fundante dos demais direitos fundamentais, possui essa precípua função hermenêutica no sistema jurídico, ou seja, confere as balizas norteadoras tanto da atividade interpretativa das normas jurídicas, quanto da própria atividade legiferante infraconstitucional e mesmo do poder constituinte reformador²²⁰.

²¹⁸ _____ **Dicionário Eletrônico Aurélio** Versão 5.0.18.

²¹⁹ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**; trad. Alfredo Bosi. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Págs. 276/277.

²²⁰ LAMOUNIER, João Maurício Penna. **Interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana**. In FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). **Direito**

Em obediência a esse princípio, a atividade empresarial, diante da ordem econômica e social - conforme a Constituição de 1988 - deve conferir a cada pessoa uma respeitabilidade, um direito a um respeito inerente à qualidade de ser humano. E, por consequência, deve buscar colocar o homem em condições idôneas para exercer suas aptidões pessoais, assumindo posição relevante dentro da ordem econômica e social. Para Eros Roberto Grau, a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil é, ainda, uma diretriz para as atividades econômicas:

A dignidade da pessoa humana é adotada pelo texto constitucional concomitantemente como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e como fim da ordem econômica (mundo do ser) (art. 170, caput – “a ordem econômica ... tem por fim assegurar a todos existência digna”). Embora assuma concreção como direito individual, a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio, constitui, ao lado do direito à vida, o núcleo essencial dos direitos humanos²²¹.

Dessa forma, Grau esclarece que os seres humanos não podem ser tratados como objetos, como se pudessem ser trocados. São sujeitos de direito e estão no centro do ordenamento jurídico. Ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser observado tanto pelo direito público, quanto pelo direito privado, e complementa:

A dignidade da pessoa humana assume a mais pronunciada relevância, visto comprometer todo o exercício da atividade econômica, em sentido amplo – e em especial, o exercício da atividade econômica em sentido estrito – com o programa de promoção da existência digna, de que, repito, todos devem gozar. Daí porque se encontram constitucionalmente empenhados na realização desse programa – dessa política pública maior – tanto o setor público quanto o setor privado. Logo, o exercício de qualquer parcela da atividade econômica de modo não adequado àquela promoção expressará violação do princípio duplamente contemplado na Constituição²²².

Civil: Atualidades III. Princípios jurídicos no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. Pág. 145.

²²¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. Pág. 196. Grifo no original.

²²² *Op. Cit.* Pág. 198. Grifo no original.

Diante disso, “a Constituição estabelece a *finalidade* de toda a atuação através de políticas econômicas, qual seja a de assegurar a todos *existência digna*, conforme os ditames da *justiça social*²²³”.

PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA

A livre iniciativa está presente na Constituição de 1988 em dois dispositivos. No artigo 1º, inciso IV, ela consta como sendo um fundamento da República Federativa do Brasil. Já o artigo 170, *caput*, prevê que a ordem econômica deve estar fundada na livre iniciativa.

Desse modo, a livre iniciativa é um dos princípios constitucionais fundamentais da República Federativa do Brasil, e, também, um dos fundamentos da ordem econômica. Dessa forma, ela embasa toda a estrutura dos ideais de liberalismo econômico, que circundam toda atividade empresarial e, ainda, possui relevante destaque econômico constitucional.

A previsão constitucional da livre iniciativa determina que “a eleição da atividade que será empreendida assim como o *quantum* a ser produzido ou comercializado resultam de uma decisão livre dos agentes econômicos”²²⁴. Sobre a liberdade de iniciativa econômica, José Afonso da Silva ensina que:

*A liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato. Consta do art. 170, como um dos esteios da ordem econômica, assim como de seu parágrafo único, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo casos previstos em lei*²²⁵.

²²³ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 1996. Pág. 83. Grifo no original.

²²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Pág. 732. Grifo no original.

²²⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. Pág. 793. Grifo no original.

A livre iniciativa garante ao ser humano o direito de atuar livremente no segmento econômico que preferir e, ainda, assegura ao proprietário a liberdade de dispor de seus bens, da maneira que melhor lhe aprouver.

Ressalte-se que a livre iniciativa somente é legítima quando, ao perseguir o lucro, não esquece os ditames da justiça social. E, conseqüentemente, será ilegítima quando for utilizada tão somente para satisfazer os interesses de lucro. Pode-se dizer que a livre iniciativa está intimamente atrelada à função social da empresa²²⁶, princípio este que será abordado mais adiante.

Outra limitação no que tange à livre iniciativa diz respeito ao poder estatal de impedir concentrações capitalistas, as quais objetivem prejudicar a livre concorrência, dificultando pequenas iniciativas econômicas.

Nesse sentido, apesar da livre iniciativa estar assegurada constitucionalmente, a mesma esbarra em algumas limitações. Isso, tendo em vista que inexistente princípio absoluto, devendo todos os princípios coexistir num sistema coerente. A ideia de que a livre iniciativa deve ser exercida no interesse da justiça social é explorada por José Afonso da Silva:

Assim, a liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo. É legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário²²⁷.

Ou seja, é garantido o direito do homem para, com o seu capital, explorar atividade econômica. Porém, ele deverá desempenhá-la buscando o bem comum, conforme os ditames da justiça social, sob a luz do princípio da função social e não somente o lucro, como no Estado Liberal.

²²⁶ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 1996

²²⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. Pág. 794. Grifo no original.

PRINCÍPIO DA VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO

O princípio da valorização do trabalho humano, da mesma forma que o da livre iniciativa, é um pilar fundamental do ordenamento jurídico econômico. No artigo 1º, inciso IV, da Carta Magna de 1988, ele consta como fundamento do Estado Democrático de Direito. Já no artigo 170, existe a previsão de que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano²²⁸.

Então, além de ser um princípio constitucional, é um fundamento da ordem econômica. O trabalho deve ser sempre valorizado, eis que consiste em fonte de sobrevivência do ser humano. Sendo assim, ao redor da valorização do trabalho circunda interesse social, bem como está intimamente ligado à dignidade da pessoa humana²²⁹. José Afonso da Silva entende que a ordem econômica prioriza os valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado:

A Constituição declara que a ordem econômica é fundada na *valorização do trabalho humano* e na iniciativa privada. Que significa isso? Em primeiro lugar quer dizer precisamente que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a *iniciativa privada* é um princípio básico da ordem capitalista. Em segundo lugar significa que, embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Conquanto se trate de declaração de princípio, essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado, na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil (art. 1º, IV)²³⁰.

Desse modo, pode-se afirmar que o exercício de qualquer atividade econômica incompatível com o princípio da valorização do trabalho humano estará na contramão da Constituição. Neste sentido, Eros Roberto Grau:

O texto do art. 170 não afirma que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça

²²⁸ ARAUJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 1998.

²²⁹ *Op. Cit.*

²³⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. Pág. 788. Grifo no original.

social, senão que ela deve estar – vale dizer, tem de necessariamente estar – fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e deve ter – vale dizer, tem de necessariamente ter – por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. A perfeita compreensão dessa obviedade é essencial, na medida em que informará a plena compreensão de que qualquer prática econômica (mundo do ser) incompatível com a valorização do trabalho humano e com a livre iniciativa, ou que conflite com a existência digna de todos, conforme os ditames da justiça social, será adversa à ordem constitucional. Será, pois, institucionalmente inconstitucional. Desde a compreensão desse aspecto poderão ser construídos novos padrões não somente de controle de constitucionalidade, mas, em especial, novos e mais sólidos espaços de constitucionalidade. A amplitude dos preceitos constitucionais abrange não apenas normas jurídicas, mas também condutas. Daí porque desejo afirmar serem constitucionalmente inadmissíveis não somente normas com ele incompatíveis, mas ainda quaisquer condutas adversas ao disposto no art. 170 da Constituição²³¹.

Dessa forma, pode-se dizer que o aspecto patrimonial das relações de emprego possui significativa limitação com o princípio da valorização do trabalho humano. Além disso, diante desse princípio, o exercício de qualquer atividade econômica fica condicionado às exigências de dignidade da pessoa humana e da valorização social do trabalho.

PRINCÍPIO DA SOBERANIA NACIONAL ECONÔMICA

A soberania nacional é mencionada, no artigo 1º, inciso I, da Constituição, como um dos fundamentos da República e, no artigo 170, inciso I, como princípio da ordem econômica. Uma não se confunde com a outra. A prevista no artigo 1º é tida como soberania política e a do artigo 170 trata da soberania nacional econômica, sendo que esta última é complemento da primeira.

O conceito de soberania é um dos que mais tem atraído atenção dos teóricos do Estado, filósofos do Direito, cientistas políticos, bem como de todos aqueles que se dedicam ao estudo das teorias e dos fenômenos jurídicos. Este interesse se deve,

²³¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. Págs. 195/196. Grifo no original.

sobretudo, à significação política do conceito de soberania bem como ao fato deste instituto servir de base à ideia de Estado Moderno²³². De acordo com Reis Friede:

A soberania, por fim, traduz-se no elemento abstrato, de matiz político, que permite, em última análise, a indispensável concreção aos denominados elementos perceptíveis (povo e território), viabilizando o Estado como inexorável realidade efetiva (vinculação político-jurídica)²³³.

A origem do termo provém do latim “*super omnia*”, “*superanus*” que, em sua acepção vulgar, significa poder supremo, acima do qual nenhum outro poder se encontra, ou mesmo tangencia. Portanto, num primeiro momento, soberania pode ser entendida como uma qualidade do poder estatal no sentido de não reconhecer outro poder superior a ele, nem igual, dentro do mesmo Estado²³⁴.

Em sentido amplo, significa o poder, a autoridade em última instância em uma dada sociedade política. Implica, pois, na autodeterminação do governo de um Estado, sem depender de potências estrangeiras, quer no campo político, econômico, ou cultural²³⁵.

Sua manifestação dá-se pelo processo legislativo e pela aplicação da lei sem interferência de outro Estado, com independência de decidir tanto na esfera administrativa quanto no âmbito do Poder Judiciário²³⁶.

Nessa linha, Darcy Azambuja leciona que, quanto à forma de atuação, existem duas espécies de soberania. A soberania interna e a externa. Por soberania interna, entende-se a autoridade que o Estado possui de editar as próprias leis ou ordens, sem que com isso se sujeite a limitação de qualquer outra espécie de poder. O poder do Estado é o mais alto existente dentro do Estado (*summa potestas*). Em suma, trata-se do direito de criar o próprio governo, instituições e Constituição²³⁷.

²³² ARAUJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 1998.

²³³ FRIEDE, Reis. **Curso de Ciência política e Teoria Geral do Estado**. 3ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2006. pág. 40.

²³⁴ *Op. Cit.*

²³⁵ *Idem.*

²³⁶ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Globo, 2008.

²³⁷ *Op. Cit.*

Quanto à soberania externa, entende-se que, nas relações entre os Estados, deve haver igualdade, nunca subordinação ou dependência. Trata-se do conceito basilar de não intervenção entre os Estados (soberanos) no contexto Mundial²³⁸.

No que toca à Ordem Econômica, o princípio da soberania nacional econômica, previsto expressamente no artigo 170, inciso I, da Constituição da República, garante que o exercício de qualquer atividade econômica não entre em conflito com os interesses nacionais. Dessa forma, os interesses nacionais estão em um plano superior aos interesses do livre exercício da iniciativa privada.

Esse princípio proíbe que os interesses nacionais se submetam aos objetivos unilaterais de entidades internacionais. Ressalte-se que afirmar a soberania nacional econômica “não supõe o isolamento econômico, mas antes, pelo contrário, a modernização da economia – e da sociedade – e a ruptura de nossa situação de dependência em relação às sociedades desenvolvidas”²³⁹.

Diante desse princípio, pode-se dizer que o Constituinte de 1988 visou formar um capitalismo nacional autônomo, independente dos mercados globais, com foco em assegurar existência digna no país. Sobre o tema, esclarece Eros Roberto Grau:

Afirar a *soberania econômica nacional* como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna e como objetivo particular a ser alcançado é definir programa de políticas públicas voltadas – repito – não ao isolamento econômico, mas a viabilizar a participação da sociedade brasileira, em condições de igualdade, no mercado internacional²⁴⁰.

Para isso, foi necessária a criação de condições jurídicas indispensáveis para um sistema econômico autocentrado e desenvolvido, sem que isso signifique afastamento de outras economias e nem da dignidade da pessoa humana. Neste sentido José Afonso da Silva destaca que:

²³⁸ *Idem*.

²³⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. Pág. 226.

²⁴⁰ *Op. Cit.* Pág. 227.

A Constituição criou as condições jurídicas fundamentais para a adoção do *desenvolvimento aut centrado, nacional e popular*, que, não sendo sinônimo de isolamento ou autarquização econômica, possibilita marchar para um sistema econômico desenvolvido, em que a burguesia local e seu Estado tenham o domínio da reprodução da força de trabalho, da centralização do excedente da produção, do mercado e a capacidade de competir no mercado mundial, dos recursos naturais e, enfim, da tecnologia. É claro que essa formação capitalista da Constituição de 1988 tem que levar em conta a construção do Estado Democrático de Direito, em que, como vimos, se envolvem direitos fundamentais do homem que não aceitam a permanência de profundas desigualdades, antes, pelo contrário, reclamam uma situação de convivência em que a dignidade da pessoa humana seja o centro das considerações da vida social²⁴¹.

Por fim, recorde-se que com a atual e constante globalização, ocorrem quebras de barreiras geográficas, em prol do exercício de atividades econômicas, com circulação de capitais internacionais. A economia mundial, atualmente, é interligada. Ocorrem criações de blocos econômicos, celebração de tratados internacionais, mas, tudo isso, sem prejuízo da soberania nacional econômica.

PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA

O princípio da livre concorrência está previsto no artigo 170, inciso IV, da Constituição da República. Ele é um princípio que, ao mesmo tempo em que decorre da livre iniciativa, atua como limite do seu exercício. Dessa forma, visa prevenir abusos da livre iniciativa, eis que assegura o direito de conquistar clientela, em igualdade de condições²⁴².

Esse princípio proíbe a utilização incorreta da livre iniciativa e do poder econômico. É fundamento para o disposto no artigo 173, §4º, da Constituição de 1988: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico, que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. A lei que esse dispositivo

²⁴¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. Pág. 793. Grifo no original.

²⁴² ARAUJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 1998.

se refere é a de nº 8.884/1994, a qual dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações à ordem econômica²⁴³.

O artigo 170, inciso IV, bem como o artigo 173, §4º, ambos da Constituição da República, se complementam para atingir o mesmo objetivo. Sobre esse objetivo comum desses dispositivos, esclarece José Afonso da Silva:

Visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência, contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista. A Constituição reconhece a existência do poder econômico. Este não é, pois, condenado pelo regime constitucional. Não raro esse poder econômico é exercido de maneira anti-social. Cabe, então, ao Estado intervir para coibir o abuso²⁴⁴.

Então, a livre concorrência não é uma liberdade sem controle algum. Muito pelo contrário. Trata-se de uma liberdade em prol da coletividade. Nos dizeres de Eros Roberto Grau: “A livre concorrência é elevada à condição de princípio da ordem econômica, na Constituição de 1988, mitigadamente, não como liberdade anárquica, porém social”²⁴⁵.

A respeito da relação entre o princípio da livre concorrência com o da livre iniciativa, vale citar a sintética observação de Sérgio Botrel, segundo a qual “a livre concorrência consiste, ao mesmo tempo, na confirmação da livre iniciativa e em limitação ao seu exercício.”²⁴⁶.

Dessa forma, pode ser entender, em síntese, que o princípio da livre concorrência visa proteger o livre acesso ao mercado, aumentando o direito de escolha dos consumidores. E, ainda, é instrumento indispensável para o correto exercício da livre iniciativa.

PRINCÍPIO DA DEFESA DO CONSUMIDOR

²⁴³ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

²⁴⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. Pág. 795.

²⁴⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. Pág. 215.

²⁴⁶ BOTREL, Sérgio. **Direito societário constitucional: uma proposta de leitura constitucional do direito societário**. São Paulo: Atlas, 2009. Pág. 63.

No artigo 170, inciso V, da Constituição da República, encontra-se previsto o princípio de defesa do consumidor. A proteção deste também está positivada no artigo 5º, inciso XXXII.

A definição legal do vocábulo em questão, encontra-se prevista no artigo 2º, *caput*, da lei 8.078/1990: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Sobre o conceito de consumidor, José Geraldo Brito Filomeno assevera:

O conceito de consumidor adotado pelo Código foi exclusivamente de caráter *econômico*, ou seja, levando-se em consideração tão-somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se assim que age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial²⁴⁷.

Destarte, o consumidor, seja ele pessoa física ou jurídica, é elemento central da ordem econômica constitucional, eis que afeta todo o exercício de atividade econômica, razão pela qual mereceu tutela constitucional, inclusive. O Estado Democrático de Direito preocupa-se em protegê-lo, tratando-o como hipossuficiente frente às relações empresariais. Sobre o princípio de defesa da parte vulnerável nas relações de consumo, ensina Eros Roberto Grau:

A par de consubstanciar, a *defesa do consumidor*, um modismo modernizante do capitalismo – a ideologia do consumo contemporizada (a regra “acumulai, acumulai” impõe o ditame “consumi, consumi”, agora porém sob proteção jurídica de quem consome) – afeta todo o exercício de atividade econômica, inclusive tomada a expressão em sentido amplo. O caráter constitucional conformador da ordem econômica, deste como dos demais princípios de que tenho cogitado, é inquestionável²⁴⁸.

Vislumbrando um mercado propício para um desenvolvimento econômico, além de prever a livre iniciativa e a livre concorrência, a Constituição resguardou o consumidor, parte vulnerável numa rede de relações comerciais. Dessa forma, para

²⁴⁷ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. 6 ed. Rio de Janeiro:Forense Universitária. 2006. Pág. 26.

²⁴⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. Pág. 249. Grifo no original.

incentivar o desenvolvimento das relações comerciais, bem como viabilizar o desenvolvimento econômico e o bem-estar da coletividade, o Estado deve efetivar a proteção à pessoa, física ou jurídica, que adquirir ou utilizar produto ou serviço como destinatário final²⁴⁹.

Então, pode-se afirmar que tanto a livre iniciativa quanto a livre concorrência devem ser observadas tendo como elemento central, a ser tutelado, o consumidor, peça fundamental para a circulação de bens numa economia de mercado, que não pode ser visto apenas como instrumento para obtenção de lucro²⁵⁰.

PRINCÍPIO DA DEFESA DO MEIO AMBIENTE

Outro princípio da ordem econômica é o da defesa do meio ambiente, previsto no artigo 170, inciso VI, da Carta Magna de 1988. Nesse dispositivo há previsão acerca de tratamento diferenciado conforme a violência ambiental causada pelos produtos e serviços, bem como de seus processos de elaboração e prestação, o que indica a presença de proporcionalidade da defesa ambiental²⁵¹.

O Estado Democrático de Direito demonstrou relevante preocupação com essa proteção, numa evidente busca de um desenvolvimento econômico sustentável. Este, que conforme a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento pode ser definido como “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem às suas necessidades”²⁵².

Conforme dispõe o artigo 225, da Constituição de 1988, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito de todos, assim como é bem de uso comum e essencial à sadia qualidade de vida, razão pela qual, impõe-se ao Poder Público e à

²⁴⁹ BOTREL, Sérgio. **Direito societário constitucional: uma proposta de leitura constitucional do direito societário**. São Paulo: Atlas, 2009.

²⁵⁰ *Op. Cit.*

²⁵¹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro** 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

²⁵² CNMAD. Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Nosso Futuro Comum**. 1 ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1988. Pág. 46.

coletividade o dever de defender e preservar a natureza, visando o bem-estar atual e futuro²⁵³.

Dessa forma, a Constituição Econômica encontra-se diretamente influenciada pelo dever de proteção ao meio ambiente, o que limita sua atuação, em benefício da busca pela existência digna. Neste sentido, Eros Roberto Grau explica que:

O princípio da *defesa do meio ambiente* conforma a ordem econômica (mundo do ser) informando substancialmente os princípios da *garantia do desenvolvimento* e do *pleno emprego*. Além de objetivo, em si, é instrumento necessário – e indispensável – à realização do fim dessa ordem, o de *assegurar a todos existência digna*. Nutre também, ademais, os ditames da *justiça social*. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo – diz o art. 225, *caput*. O *desenvolvimento nacional* que cumpre realizar, um dos objetivos da República Federativa do Brasil, e o *pleno emprego* que impende assegurar supõem economia auto-sustentada, suficientemente equilibrada para permitir ao homem reencontrar-se consigo próprio, como ser humano e não apenas como um dado ou índice econômico²⁵⁴.

Ressalte-se que a defesa do meio ambiente está intimamente ligada ao direito à vida e, por isso, deve preponderar sobre quaisquer considerações de desenvolvimento econômico desenfreado²⁵⁵.

Dessa forma, a tutela do meio ambiente serve como orientação nas atividades empresariais, para o exercício do direito de propriedade, bem como em qualquer iniciativa privada. É o que se extrai das considerações de José Afonso da Silva:

A qualidade do meio ambiente se transforma num bem, num patrimônio, num valor mesmo, cuja *preservação, recuperação e revitalização* se tornaram num imperativo do Poder Público, para assegurar a saúde, o bem-estar do homem e as condições de seu desenvolvimento. Em verdade, para assegurar o direito fundamental à vida. As normas constitucionais assumiram a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. Compreendeu que ele é um valor

²⁵³ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro** 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

²⁵⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. Pág. 252. Grifo no original.

²⁵⁵ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro** 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

preponderante, que há de estar acima de quaisquer considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as da iniciativa privada. Também estes são garantidos no texto constitucional, mas, a toda evidência, não podem primar sobre o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente, que é instrumento no sentido de que, através dessa tutela, o que se protege é um valor maior: *a qualidade da vida humana*²⁵⁶.

Como sabido, é inerente ao desenvolvimento econômico a ocorrência de atos que prejudicam o meio ambiente, como, por exemplo, o aumento da emissão de gases poluentes, desmatamento, geração e utilização de produtos não biodegradáveis, dentre outros. A preponderância que a Constituição determina para tutelar o meio ambiente diz respeito a uma utilização racional, evitando danos desnecessários ou abusivos²⁵⁷.

Diante disso, a atividade empresarial deve ser exercida através de boas práticas ambientais, em busca de um desenvolvimento econômico ecologicamente sustentável. E, assim, de acordo com as diretrizes do Estado Democrático de Direito que dizem respeito à tutela ambiental, assegurando a todos existência digna. Trata-se, então, de uma compatibilização da livre iniciativa, da livre concorrência, da valorização do trabalho humano, com o respeito ao meio ambiente e, em última análise, ao direito à vida.

PRINCÍPIO DA REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES REGIONAIS E SOCIAIS

No artigo 170, inciso VII, da Constituição da República, encontra-se previsto, dentre os princípios gerais da atividade econômica, o da redução das desigualdades regionais e sociais. Desse modo, no Estado Democrático de Direito, há determinação para que, simultaneamente ao crescimento econômico, ocorra a redução dessas desigualdades.

Esse princípio também se encontra inserido no artigo 3º, inciso III, da Constituição de 1988, que prevê a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. É neste sentido a observação de José Afonso da Silva, que sustenta o seguinte:

²⁵⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. Págs. 847/848. Grifo no original.

²⁵⁷ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro** 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

A redução das desigualdades regionais e sociais é, também, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, III) e, já vimos, por um lado, que os direitos sociais e os mecanismos da seguridade social são preordenados no sentido de buscar um sistema que propicie maior igualização das condições sociais, e, por outro lado, consignamos, alhures, a preocupação constitucional com a solução das desigualdades regionais, prevendo mecanismos tributários (Fundo Especial) e orçamentários para tanto (regionalização, arts. 43 e 165, §1º)²⁵⁸.

A redução das desigualdades sociais e regionais (princípio da ordem econômica) e a busca pela erradicação da pobreza e da marginalização (objetivo fundamental da República) estão intimamente ligadas, sendo que, para Eros Roberto Grau:

A erradicação da pobreza e da marginalização, bem assim redução das desigualdades sociais e regionais, são objetivos afins e complementares daquele atinente à promoção (= garantir) do desenvolvimento econômico²⁵⁹.

Portanto, o processo de desenvolvimento econômico, no Estado Democrático de Direito brasileiro, não pode dar-se sem limitações, devendo contribuir para o regular funcionamento das práticas mercantis. O princípio da redução das desigualdades regionais e sociais está conectado à evolução da ordem econômica, ao contribuir para o estável funcionamento dos mercados, possuindo evidente função social.

PRINCÍPIO DA BUSCA DO PLENO EMPREGO

O princípio diretivo da busca do pleno emprego, previsto no artigo 170, inciso VIII, da Constituição de 1988, se opõe às políticas recessivas. Pode ser entendido como uma busca pela “expansão das oportunidades de emprego produtivo”²⁶⁰ e, também, como uma garantia para o trabalhador. No mesmo sentido, José Afonso da Silva explica que:

Pleno emprego é expressão abrangente da utilização, ao máximo grau, de todos os recursos produtivos. Mas aparece, no art. 170, VIII, especialmente no sentido de propiciar trabalho a todos quantos estejam em condições de exercer uma atividade produtiva. Trata-se do

²⁵⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. Pág. 796. Grifo no original.

²⁵⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. Pág. 219.

²⁶⁰ *Op. Cit.* Pág. 253.

pleno emprego da força de trabalho capaz. Ele se harmoniza, assim, com a regra de que a ordem econômica se funda na valorização do trabalho humano. Isso impede que o princípio seja considerado apenas como mera busca quantitativa, em que a economia absorva a força de trabalho disponível, como o consumo absorve mercadorias. Quer-se que o trabalho seja a base do sistema econômico, receba o tratamento de principal fator de produção e participe do produto da riqueza e da renda em proporção de sua posição na ordem econômica²⁶¹.

Assim sendo, a principal característica da busca do pleno emprego é servir de base para a ordem econômica. E, em consequência, para que ocorra um desenvolvimento econômico eficaz, deve ser lastreado no aumento de ofertas de empregos produtivos, fundamentais para o crescimento da economia no Estado Democrático de Direito brasileiro. Conforme sustenta Ana Frazão de Azevedo Lopes:

O pleno emprego é determinado também pela soma do consumo e dos investimentos, de forma que o Estado deveria intervir para estimular essas duas funções, seja diretamente, por meio de despesas públicas, seja indiretamente, por meio da política fiscal²⁶².

Além de sua evidente ligação com o princípio da valorização do trabalho humano, conforme sustenta Eros Roberto Grau, a busca do pleno emprego possui liame com o princípio da função social da propriedade:

O princípio (da busca do pleno emprego) informa o conteúdo ativo do princípio da *função social da propriedade*. A *propriedade dotada de função social* obriga o proprietário ou o titular do poder de controle sobre ela ao exercício desse direito-função (*poder-dever*), até para que se esteja a realizar o *pleno emprego*²⁶³.

Dessa forma, tem-se que o homem que vive sem possibilidades de emprego, em estado de escassez econômica, está impossibilitado para desenvolver suas capacidades básicas, situação que, inclusive, ofende a dignidade da pessoa humana. Destarte, percebe-se que a dignidade do trabalhador deve prevalecer frente ao aspecto patrimonial da relação de emprego.

²⁶¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. Pág. 797

²⁶² LOPES, Ana Frazão de Azevedo Lopes. **Empresa e Propriedade – função social e abuso de poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. Pág. 155.

²⁶³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. Pág. 254. Grifo no original

PRINCÍPIO DA PROPRIEDADE PRIVADA E DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

No artigo 170, incisos II e III, da Constituição da República, há previsão da propriedade privada e sua função social, como princípios da ordem econômica. Devido à sua estreita relação, e indissociabilidade, na busca constitucional de assegurar a todos existência digna, optou-se por tratá-los conjuntamente.

Importante mencionar o artigo 5º, incisos XXII e XXIII, da Constituição, sendo que a combinação destes dispositivos prevê que é garantido o direito de propriedade, e que esta atenda sua função social. Dessa forma, a propriedade não pode mais ser vista como um direito individual intocável, nem como instituição unicamente de Direito Privado, como no Estado Liberal Clássico. A respeito da propriedade, Eros Roberto Grau comenta:

A propriedade sempre foi justificada como modo de proteger o indivíduo e sua família contra as necessidades materiais, ou seja, como forma de prover à sua subsistência. Acontece que na civilização contemporânea, a propriedade privada deixa de ser o único, senão o melhor meio de garantia da subsistência individual ou familiar. Em seu lugar aparecem, sempre mais, a garantia de emprego e salário justo e as prestações sociais devidas ou garantidas pelo Estado, como a prevalência contra os riscos sociais, a educação e a formação profissional, a habitação, o transporte, e o lazer²⁶⁴.

César Fiuza, ao definir propriedade, observa que:

Assim, dizer que propriedade é o direito de exercer com exclusividade o uso, a fruição, a disposição e a reivindicação de um bem, é dizer muito pouco. É esquecer os deveres do dono e os direitos da coletividade. Ao esquecer os direitos da coletividade, ou seja, do outro, do próximo, estamos excluindo-o. É esquecer, ademais, o caráter dinâmico da propriedade, que consiste em relações que se movimentam, que se transformam no tempo e no espaço. Sem essa visão da propriedade como fenômeno dinâmico, é impossível se falar em função social e, muito menos, em função econômica²⁶⁵.

²⁶⁴ *Op. Cit.* Pág 235/236.

²⁶⁵ FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 10 ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Pág. 758.

Sobre a aplicabilidade do princípio da função social da propriedade, José Afonso da Silva esclarece:

A norma que contém o princípio da função social da propriedade incide imediatamente, é de aplicabilidade imediata, como o são todos os princípios constitucionais. A própria jurisprudência já o reconhece. Realmente, afirma-se a tese de que aquela norma tem plena eficácia, porque interfere com a estrutura e o conceito da propriedade, valendo como regra que fundamenta um novo regime jurídico desta, transformando-a numa instituição de Direito Público, especialmente, ainda que nem a doutrina nem a jurisprudência tenham percebido o seu alcance, nem lhe dado aplicação adequada, como se nada tivesse mudado²⁶⁶.

Então, pode-se afirmar que a função social determina uma limitação interna, no sentido de que legítimo será o interesse individual quando realizar o direito social, e, não apenas quando não o exercer em prejuízo da coletividade. O princípio da função social, dessa forma, impõe ao proprietário (ou a quem for exercer o direito de usar, gozar e dispor da propriedade) a prática de comportamentos em benefício da sociedade. No mesmo sentido, esclarece Eros Roberto Grau:

O que mais releva enfatizar, entretanto, é o fato de que o princípio da *função social da propriedade* impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de *exercê-lo* em benefício de outrem e não, apenas, de *não o exercer* em prejuízo de outrem. Isso significa que a *função social da propriedade* atua como fonte da imposição de comportamentos positivos – prestação de *fazer*, portanto, e não, meramente, de *não fazer* – ao detentor do poder de que deflui da propriedade²⁶⁷.

Assim, fica clara a ideia de que o direito fundamental da propriedade tem de servir como instrumento para a efetivação de um desejo coletivo. Para o Estado Democrático de Direito brasileiro, interessa que o proprietário atue contribuindo para o bem comum. Conforme entende Pietro Perlingieri:

Também para o proprietário, a função social assume uma valência de princípio geral. A autonomia não é livre arbítrio: os atos e atividades não somente não podem perseguir fins anti-sociais ou não-sociais, mas, para terem reconhecimento jurídico, devem ser avaliáveis como conformes à razão pela qual o direito de propriedade foi garantido e reconhecido. Assim, a atividade de gozo e de disposição do

²⁶⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. Pág. 281.

²⁶⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. Pág. 248. Grifo no original.

proprietário não pode ser exercida em contraste com a utilidade social ou de modo a provocar dano à segurança, à liberdade, à dignidade humana²⁶⁸.

Diante disso, o Estado, ao mesmo tempo em que garante ao proprietário a utilização da propriedade privada, exige que seja cumprida a sua função social. Então, a legitimidade do uso da propriedade está condicionada ao cumprimento de sua função social. Mais ainda, como princípio da ordem econômica, tem como objetivo “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Sobre o sentido harmônico entre o direito da propriedade e o princípio da função social, esclarece Paulo Luiz Netto Lôbo:

A função social é incompatível com a noção de direito absoluto, oponível a todos, em que se admite apenas a limitação externa, negativa. A função social importa limitação interna, positiva, condicionando o exercício e o próprio direito. Lícito é o interesse individual quando realiza, igualmente, o interesse social. O exercício do direito individual da propriedade deve ser feito no sentido da utilidade, não somente para si, mas para todos. Daí ser incompatível com a inércia, com a inutilidade, com a especulação²⁶⁹.

Dissertando sobre o tema, Ana Frazão de Azevedo Lopes professa que “a função social estaria atendida quando o titular da propriedade cumprisse o seu dever de empregar produtivamente a sua riqueza de forma a manter e aumentar a interdependência social”²⁷⁰. Ainda segundo a Autora, a função social ressalta “o papel da propriedade como instrumento de assegurar a liberdade não apenas do titular, mas de todos os membros da sociedade”²⁷¹.

Ademais, a função social da propriedade, como princípio geral da atividade econômica, determina que o proprietário (ou o titular do poder de controle sobre a propriedade) tenha, ao mesmo tempo, um direito e uma função (poder-dever), para buscar o bem da coletividade, como, por exemplo, o pleno emprego. Isto é o que se extrai das ponderações de Eros Roberto Grau: “A propriedade dotada de função social obriga o

²⁶⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Pág. 228.

²⁶⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. Pág. 212.

²⁷⁰ LOPES, Ana Frazão de Azevedo Lopes. **Empresa e Propriedade – função social e abuso de poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. Pág. 112.

²⁷¹ *Op. Cit.* Pág. 113.

proprietário ou o titular do poder de controle sobre ela ao exercício desse direito-função (poder-dever), até para que se esteja a realizar o pleno emprego”²⁷².

Nesse sentido, conclui Pietro Perlingieri que “a ausência de atuação da função social, portanto, faz com que falte a razão da garantia e do reconhecimento do direito de propriedade”²⁷³. Sobre a relação entre a função social da propriedade e a função social da empresa, Ana Frazão de Azevedo Lopes assevera:

O princípio da função social da propriedade, cuja decorrência necessária é a função social da empresa, pode ser considerado como uma forma que a Constituição encontrou de condicionar o exercício da atividade empresarial à justiça social sem ter que recorrer a nenhum compromisso previamente determinado²⁷⁴.

Ainda nessa temática, merece especial atenção a função social da empresa. Isso porque a atividade empresarial, para ser legítima, também deve cumprir relevante função social, tendo como pano de fundo a dignidade da pessoa humana.

PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Conforme já exposto, exercer uma função social significa atingir um objetivo útil, não apenas para os sujeitos diretamente envolvidos, mas também para a sociedade. Ademais, conforme observa Rodrigo Almeida Magalhães, “considerando a função econômica da empresa como fonte geradora de riquezas, impostos, emprego e lucro, não é certo dizer que, só por funcionar, a empresa cumpre sua função social”²⁷⁵.

A empresa, no mundo contemporâneo, possui extrema importância, gerando reflexos imediatos na coletividade. Ela concentra a prestação de serviços, fornecimento de bens, geração de empregos, coleta dinheiro para o Estado – por meio da arrecadação

²⁷² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. Pág. 254.

²⁷³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Pág. 229.

²⁷⁴ LOPES, Ana Frazão de Azevedo Lopes. **Empresa e Propriedade – função social e abuso de poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. Pág. 279.

²⁷⁵ MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **A autonomia privada e a função social da empresa**. In FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). **Direito Civil: Atualidades II. Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Pág. 345.

fiscal – bem como contribui para a constante e crescente interligação da economia de mercado²⁷⁶.

Dessa forma, possui relevante poder sobre a ordem econômica nacional e global, eis que representa uma fonte inesgotável de parcerias. Ademais, não se pode mais aceitar uma visão obtusa, alheia à função social da empresa. Sobre a importância da empresa, Ana Frazão de Azevedo Lopes sugere que:

A empresa é vista como instituição cuja importância transcende à esfera econômica e passa a abarcar interesses sociais dos mais relevantes, como a própria sobrevivência e o bem-estar dos trabalhadores que para ela prestam seus serviços e dos demais cidadãos que dividem com ela o mesmo espaço social²⁷⁷.

O ser humano, no contexto do Estado Democrático de Direito, é visto, necessariamente, em integração com a coletividade, razão pela qual as restrições aos interesses individuais em face da sociedade são inerentes a toda atividade econômica²⁷⁸.

Então, a empresa, ao reunir enorme capacidade de influência perante a coletividade, não pode ser tratada apenas como uma produtora de riqueza, mas também como um poder²⁷⁹. Este, o poder, não traz somente direitos, mas também obrigações. Dessa forma, deve ser exigida da mesma uma proporcional, e correspondente, responsabilidade social. Neste sentido, assevera Eduardo Tomasevicius Filho:

A função social da empresa constitui o poder-dever de o empresário e os administradores da empresa harmonizarem as atividades da empresa, segundo os interesses da sociedade, mediante a obediência de determinados deveres, positivos e negativos²⁸⁰.

Ainda sobre o poder exercido pelas empresas, além de sua influência, outra faceta deste se apresenta no fato do empresariado possuir uma relação de propriedade

²⁷⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 20. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.

²⁷⁷ LOPES, Ana Frazão de Azevedo Lopes. **Empresa e Propriedade – função social e abuso de poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. Pág. 119.

²⁷⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **Estado, Empresa e Função Social**. In: Revista dos Tribunais n. 732. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro de 1996. Págs. 38/46.

²⁷⁹ Vide o tratado no item 1.6 desse trabalho, com especial enfoque no Posicionamento de Paulo Bonavides na referência equivalente à nota nº 98.

²⁸⁰ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **A Função Social da Empresa**. In: Revista dos Tribunais n. 92. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril de 2003. Pag. 40.

para com os bens de produção, bem com o estabelecimento. Sobre a relação entre função social da propriedade e empresa, Ana Frazão de Azevedo Lopes observa que:

O poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos. Portanto, a ênfase da função social desloca-se da propriedade para o poder de organização e controle que a empresa exerce sobre pessoas e sobre bens de produção²⁸¹.

Ressalte-se que a Carta Magna de 1988, ao estabelecer a função social da propriedade, em seu artigo 5º, inciso XXIII, bem como no artigo 170, inciso III, indiretamente, definiu essa mesma função à empresa, a partir da principal razão de sua existência, que é a circulação de riqueza, nesta, incluída, a propriedade. Neste sentido, Eros Roberto Grau assevera que:

O princípio da função social da propriedade ganha substancialidade precisamente quando aplicado à propriedade dos bens de produção, ou seja, na disciplina jurídica da propriedade de tais bens, implementada sob o compromisso com a sua destinação. A propriedade sobre a qual os efeitos do princípio são refletidos com maior grau de intensidade é justamente a propriedade, em dinamismo, dos bens de produção. Na verdade, ao nos referirmos à função social dos bens de produção em dinamismo, estamos a aludir à *função social da empresa*²⁸².

Dessa forma, a empresa, para cumprir sua função social, não basta manter-se ativa, gerando e mantendo empregos. Ela deve, além de exercer sua atividade-fim, contribuir para o bem comum, e se abster da prática de atos lesivos à coletividade.

Nessa linha, merece ser registrado, que a autonomia do empresário não é um completo exercício do livre arbítrio. Os atos empresariais não devem apenas evitar fins antissociais, mas, além disso, devem estar em conformidade com a razão pela qual a livre iniciativa foi garantida e reconhecida: busca da dignidade e da justiça social. Para Ana Frazão de Azevedo Lopes, “a autonomia traz em si a necessária compatibilização entre a liberdade e a igualdade a partir de um critério de justiça”²⁸³. Dissertando sobre o tema, Pietro Perlingieri declara:

²⁸¹ LOPES, Ana Frazão de Azevedo Lopes. **Empresa e Propriedade – função social e abuso de poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. Pág. 124.

²⁸² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. Pág. 238. Grifo no original.

²⁸³ LOPES, Ana Frazão de Azevedo Lopes. **Empresa e Propriedade – função social e abuso de poder**

O exercício da empresa, atuado de acordo com o máximo de coordenação possível, isto é de programação, evitativa, v.g., em termos de “segurança”, comprometer a saúde dos homens, o ambiente e, em geral, o equilíbrio ecológico (tome-se, como exemplo, o tema da economia de energia e as proibições contra as poluições e as sofisticações). Mais marcada deve ser, também no intérprete, a consciência de que o crescimento econômico e o conseqüente bem-estar (*benessere*) quando não preservam a qualidade de vida, ou seja, a “liberdade” e a “dignidade humana”, não são progresso e desenvolvimento social e constitucionalmente valoráveis, mas se traduzem, antes ou depois, em um mal-estar para todos²⁸⁴.

O homem é um ser social por natureza e, por isso, a empresa, a partir do *Welfare State*, deixa de ser vista apenas sob a perspectiva de uma atividade que busca tão somente lucros, como no Liberalismo Clássico. Pelo contrário, transforma-se em vínculo intersubjetivo, entre diversas pessoas e bens, atuando, também, com a finalidade de exercer uma função social²⁸⁵.

Apesar disso, anote-se que o objetivo primordial da empresa continua sendo a busca por lucros. E que o empresário, da mesma forma que todo ser humano, é um maximizador de seus próprios interesses. De modo que, não se pode querer do empresariado somente o cumprimento de atividades assistenciais. As características básicas da empresa, e seus objetivos essencialmente capitalistas não podem ser desconsiderados. É neste sentido a observação de Rodrigo Almeida Magalhães, que sustenta:

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, limitando a autonomia privada em razão do bem comum. Diante do exposto, 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 direitos²⁸⁶.

econômico. São Paulo: Quartier Latin, 2006. Pág. 232.

²⁸⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Pág. 238.

²⁸⁵ COMPARATO, Fabio Konder. **A reforma da empresa**. São Paulo: Saraiva, 1995.

²⁸⁶ MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **A autonomia privada e a função social da empresa**. In FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). **Direito Civil: Atualidades II. Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Pág. 343.

Uma sociedade empresária que não busca lucros não sobrevive, sendo certo que, se deixar de existir, causará, inevitavelmente, prejuízos para a economia, a qual, na atualidade, é interligada. Neste sentido, a empresa deve ser exercida com a observância de sua função social, que é diferente de uma função de assistência social, conforme sugere Ana Frazão de Azevedo Lopes:

A funcionalização dos direitos não pode violar, pois, o âmbito em que a pessoa deve atuar como ser autônomo, campos em relação ao qual não é lícito converter o indivíduo em meio para os fins sociais²⁸⁷.

Do mesmo modo, mitiga-se a liberdade de agir do empresário, mas ele ainda é livre no exercício de suas atividades, possui livre arbítrio para decidir os rumos que irá tomar, sem que o Estado interfira. Destarte, a intervenção estatal estará legitimada quando o empresário insistir em exercer seu alvedrio de modo socialmente prejudicial²⁸⁸.

Dessa forma, a função social não destrói a liberdade do empresário e nem torna a empresa um simples meio para fins sociais, mesmo porque isso implica em violação à livre iniciativa. A função social não transforma uma sociedade empresária em *longa manus* do poder público. Sua finalidade é mostrar o compromisso e as responsabilidades sociais da empresa, sem deixar de lado a busca do bem social enquanto exerce atividade econômica. Neste sentido, a observação de Raquel Sztajn:

A racionalidade dos agentes, um dos postulados econômicos, que leva à procura da maximização de utilidades, e a eficiência alocativa, segundo essa visão, vão ao encontro da ideia de solidariedade e geração de bem-estar coletivo²⁸⁹.

Tendo em vista que a Constituição da República de 1988 firmou no Brasil em Estado Democrático de Direito, com uma evidente exigência da busca de um equilíbrio entre o interesse individual e o coletivo, a função social da empresa insurge e se destaca, sobretudo a partir de suas relações com todos que podem ser por ela afetados. Sobre a função social da empresa, registra Eros Roberto Grau:

²⁸⁷ LOPES, Ana Frazão de Azevedo Lopes. **Empresa e Propriedade – função social e abuso de poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. Pág. 126.

²⁸⁸ *Op. Cit.*

²⁸⁹ SZTAJN, Rachel. *Law and Economics*. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (org.). **Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. Pág. 79.

A função social da empresa – que suponho já estivesse embrionariamente postulada na contribuição de Courcelle-Seneuil, na afirmação da função social do comerciante, do proprietário e do capitalista – aparece indiretamente no art. 42 da Constituição Italiana: “É livre a iniciativa econômica privada. Não pode, todavia, desenvolver-se em contraste com a utilidade social ou de modo a causar dano à segurança, à liberdade, à dignidade humana. A lei determina os programas e os meios de fiscalização destinados à direção e coordenação da atividade econômica, pública e privada, para fins sociais”. Nele resulta consagrada, em sua integralidade – o segundo inciso da disposição autorizando a imposição de limites negativos e o terceiro a imposição de limites positivos à iniciativa econômica – a função social da iniciativa econômica, portanto a função social da empresa. O princípio está também consagrado no direito positivo brasileiro. O art. 154 e o parágrafo único do art. 116 da lei 6.404/76 referem, de modo expresse, respectivamente, a função social da empresa e a função social da companhia²⁹⁰.

A função social da empresa atua como um limite à livre iniciativa econômica, própria do Estado Liberal, eis que o principal objetivo do empresário é o lucro. Ademais, na atualidade, quem possui maior capacidade de fornecer o bem-estar não é mais a Igreja, nem a família, e, muito menos o Estado²⁹¹, mas sim a empresa²⁹².

Por fim, ressalte-se que o princípio da função social da empresa impõe ao empresário o dever de exercer suas atividades em benefício da coletividade e não, meramente, de não o exercer em prejuízo de outrem. Destarte, a função social da empresa atua como forma de determinação da prática de comportamentos positivos, obrigações de fazer, portanto, e não, apenas, de não fazer, ao empresário. Dessa forma, a função social da empresa é uma forma de compatibilizar a fruição individual da atividade econômica e o atendimento da sua função social.

PRINCÍPIO DO TRATAMENTO DIFERENCIADO PARA AS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

²⁹⁰ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. Pág. 238.

²⁹¹ Justamente pelo fato de, infelizmente, o Estado não ser capaz de fornecer o bem-estar e efetivar plenamente os direitos sociais é que surgiu a ideia do presente trabalho.

²⁹² SZTAJN, Raquel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**. São Paulo: Atlas, 2004.

O último dos princípios constantes do rol do artigo 170 da Constituição da República é o do tratamento favorecido para o microempresário e para o empresário de pequeno porte (inciso IX)²⁹³. Também foi reproduzido no artigo 179, *in verbis*:

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei²⁹⁴.

Esse princípio, além de fundamentar a reivindicação de realização de políticas públicas estabelece, conforme observa Eros Roberto Grau, proteção para empresas de pequeno porte, constituídas sob as leis do Brasil e que tenham sua sede e administração no país, “constituindo, em termos relativos, porém, cláusula transformadora”²⁹⁵.

O tratamento diferenciado previsto para as microempresas e empresas de pequeno porte visa estimular o desenvolvimento econômico dessas pessoas jurídicas. Conforme Fábio Ulhoa Coelho:

O microempresário e o empresário de pequeno porte, por sua vez, têm constitucionalmente assegurado o direito a tratamento jurídico diferenciado, com o objetivo de estimular-lhes o crescimento com a simplificação, redução ou eliminação de obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias (CF, art.179)²⁹⁶.

No mesmo sentido, Maria Helena Diniz:

A vida empresarial, influenciada pelo Código Civil italiano, inovou ao regulamentar a microempresa (ME) e a empresa de pequeno porte (EPP) num movimento iniciado pelo Decreto-lei n. 1.750/80, seguido da Lei n. 7.256/84, regulamentada pelo Decreto n. 90.880/85, que

²⁹³ Importante mencionar a diferença entre esses dois “pequenos empresários”, prevista na Lei Complementar nº 123/2006 (alterada pela Lei Complementar nº 128/2008). Por esse diploma legal, microempresário é o que auferir receita bruta anual até R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais), e empresário de pequeno porte é o que embolsa valor superior a esse, até o limite de R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais). COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, volume 1: Direito de Empresa**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

²⁹⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. 2018.

²⁹⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. Pág. 255.

²⁹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, volume 1: Direito de Empresa**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Pág. 79.

disciplina a *microempresa* (ME), e pela Carta Magna de 1988, que veio a tutelar não só a microempresa como também a *empresa de pequeno porte* (EPP), com o escopo de facilitar-lhes a constituição e o funcionamento, fortalecendo sua participação no processo de desenvolvimento econômico-social, inclusive como fonte de geração de empregos para pequenos empresários, membros de sua família e terceiros, e, com isso, haverá estímulo para o seu crescimento²⁹⁷.

Esse princípio visa facilitar as atividades das microempresas e empresas de pequeno porte e, dessa forma, promove a efetivação da livre iniciativa, bem como da livre concorrência, homenageando a ampla abertura para o livre exercício de atividade econômica.

3.2. OS DIREITOS SOCIAIS

Quanto ao enfoque histórico dos direitos fundamentais sociais, ressalte-se que, apesar de haver previsão nas Constituições francesas de 1793 e 1848 e também na Constituição Brasileira de 1824, tais direitos apenas se consolidaram de modo especial nas Constituições do segundo pós-guerra, durante o *Welfare State*²⁹⁸.

Conforme assinalado, alguns direitos a prestações foram consignados na Constituição Brasileira de 1824. Como exemplo, tem-se a garantia dos socorros públicos (art. 179, inc. XXXI) e a obrigatoriedade do ensino público gratuito (art. 179, inc. XXXII e inc. XXXIII)²⁹⁹. Dessa forma, conquanto a fase histórica correspondesse ao Estado Liberal, houve uma preocupação do Constituinte com prestações de índole social³⁰⁰.

²⁹⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 8: Direito de Empresa**. 2. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009. Pág. 39.

²⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

²⁹⁹ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte:

(...)

XXXI. A Constituição tambem garante os socorros publicos.

XXXII. A Instrucção primaria, e gratuita a todos os Cidadãos.

XXXIII. Collegios, e Universidades, aonde serão ensinados os elementos das Sciencias, Bellas Letras, e Artes.

³⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

No Brasil, a Constituição de 1934, a qual teve como inspiração as Constituições do México (1917) e de Weimar (1919), introduziu efetivamente uma fase social no constitucionalismo pátrio, inclusive com a positivação de alguns direitos a prestações³⁰¹.

Na seara do Direito Internacional, compete salientar que os direitos sociais prestacionais foram reconhecidos no pacto internacional da Organização das Nações Unidas sobre direitos econômicos, sociais e culturais de 1966 (PIDESC), sendo imperioso enfatizar que tal pacto foi ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992³⁰².

Na Constituição Brasileira de 1988 houve uma junção de características do Estado Liberal e do Estado Social, de modo que restasse assegurado o exercício dos direitos de liberdade concomitante com as garantias materiais mínimas necessárias à manutenção da dignidade dos indivíduos. Como abordado anteriormente, isso também ocorreu na Constituição Portuguesa de 1976. Neste contexto, observou Canotilho que a Constituição lusitana:

recolhe daquelas duas concepções as suas principais características, integrando-as num conjunto unitário, numa teoria original, cuja característica principal é a unidade e a tensão dialética entre os tradicionais direitos negativos e os novos direitos positivos³⁰³

De volta à Carta de 1988, os direitos sociais se encontram nos artigos 6º e 7º, inc. I a XXXIV. São considerados direitos sociais: educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e a Assistência aos desamparados³⁰⁴.

Em razão disso, Paulo Gilberto Cogo Leivas conceitua direitos sociais como direitos que apenas poderão ser concretizados através de prestações positivas do Estado Social de Direito, buscando com isso concretizar uma isonomia substancial no sentido de melhores e adequadas condições de vida. Nas palavras do autor:

³⁰¹ *Op. Cit.*

³⁰² *Idem.*

³⁰³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991. pág. 104.

³⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

Eles são, em sentido material, direitos a ações positivas fáticas, que, se o indivíduo tivesse condições financeiras e encontrasse no mercado oferta suficiente, poderia obtê-las de particulares, porém, na ausência destas condições e, considerando a importância destas prestações, cuja outorga ou não outorga não pode permanecer nas mãos da simples maioria parlamentar, podem ser dirigidas contra o Estado por força de disposição constitucional³⁰⁵.

Merece ser destacado, também, o pensamento de José Afonso da Silva:

Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos; direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam com o direito de igualdade³⁰⁶.

Por fim, traz-se o conceito de direitos sociais na doutrina de Alexandre de Moraes:

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal³⁰⁷.

Percebe-se, pois, que o objeto do direito social é, tipicamente, uma contraprestação sob a forma de prestação de um serviço público. Em razão disso, a efetivação desses direitos não fica ao livre dispor da vontade dos juristas, uma vez que, substancialmente, estão ligados a fatores de ordem material com o desenvolvimento econômico e a disponibilidade de recursos. De acordo com Gilmar Ferreira Mendes:

³⁰⁵ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado.. 2006. pág.89.

³⁰⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. Págs.183/184.

³⁰⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2009. Pág. 195.

Noutras palavras, como os direitos sociais demandam medidas redutoras de desigualdades – não por acaso o velho Marx dizia que igualdade é igualação – e essas medidas dependem quase que exclusivamente de investimentos estatais, até porque a solidariedade não é algo que se possa impor a mentes e corações egoístas, por tudo isso, o grande problema para a efetivação desses direitos reside mesmo é na escassez de recursos para viabilizá-los³⁰⁸.

Na mesma toada, José Afonso da Silva ensina que:

A Constituição declara que 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 e os princípios que indica, entre os quais a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a redução das desigualdades sociais, a busca do pleno emprego. Tudo, como se vê, voltado à realização dos direitos sociais do homem. Mas a verdade é que a existência digna aí prometida não será autêntica e real quando não se construírem as condições econômicas que assegurem a efetividade desses direitos³⁰⁹.
(...)

Os direitos econômicos constituirão pressupostos da existência dos direitos sociais, pois sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia, não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e mais numerosos³¹⁰.

Portanto, para a efetivação dos direitos sociais não basta a mera positivação dos mesmos no Texto Magno. Há que se criar condições econômicas e materiais (desenvolvimento econômico e implementação dos serviços públicos) para efetivação e preservação desses direitos.

3.2.1. OS DIREITOS SOCIAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição Federal de 1988 inseriu o Capítulo II, Direitos Sociais sob o título Direitos e Garantias Fundamentais afirmando, assim, a fundamentalidade dos direitos

³⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ed. São Paulo: Saraiva. 2009. Pág. 761.

³⁰⁹ SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular. Estudos sobre a Constituição**. São Paulo: Malheiros. 2007. Págs. 205/206.

³¹⁰ *Op. Cit.* Pág. 289

então elencados, em virtude de sua natureza e suas características. Vidal Serrano contribui com seu entendimento:

O vocábulo direito serve para indicar tanto a situação em que se pretende a defesa do cidadão perante o Estado como os interesses jurídicos de caráter social, político ou difuso protegidos pela Constituição. De outro lado, o termo fundamental destaca a imprescindibilidade desses direitos à condição humana³¹¹.

A Constituição Federal elenca no Título II, Capítulo II, os Direitos Sociais:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição³¹².

Registre-se, ainda, que através da Emenda Constitucional nº 25, de 14.02.2000, incluiu-se o direito a moradia, dentre os direitos elencados no artigo, pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010 foi acrescentado o direito à alimentação e pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015 o direito ao transporte.

DIREITO À EDUCAÇÃO

O direito à educação é o primeiro direito social a ser mencionado pelo legislador constituinte no artigo 6º. O artigo 211 da Constituição, trata da competência para organização dos sistemas de ensino, estabelecendo que:

Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.
§ 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão

³¹¹ ARAUJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 1998. Pág. 50.

³¹² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. 2018.

mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios;³¹³

Veja-se que o artigo 205 da Constituição da República garante o direito à educação, e enfatiza que, por mais que a esta seja direito de todos, é dever do Estado e da família, com a colaboração da sociedade. A finalidade da educação é o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. O referido artigo, juntamente com o art. 6º da Carta de 1988, estabelece a educação como direito fundamental do homem, consagrado como direito universal³¹⁴.

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho³¹⁵.

No artigo 208 da Constituição Federal estão elencados os meios que devem ser assegurados pelo Estado para efetivação do direito à educação, conforme abaixo transcrito.

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

- educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)
 - progressiva universalização do ensino médio gratuito; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996)
 - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
 - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)
 - V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
 - VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;
 - VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)
- § 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

³¹³ *Op. Cit.*

³¹⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

³¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. 2018.

§ 2º - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º - Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola³¹⁶.

Pelo exposto, verifica-se que o legislador objetivou assegurar de forma eficaz este direito social, prevendo, inclusive, a responsabilização da autoridade que não garantir o ensino obrigatório. Deste modo, todos têm o direito público subjetivo de exigir a real implementação da prestação educacional pelo Estado³¹⁷.

Apesar da determinação constitucional, constante do artigo 212, acerca da aplicação de percentuais mínimos da receita resultante de impostos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios na educação, o pleno acesso à educação ainda continua sendo uma grande dificuldade no País³¹⁸. O texto do art. 212 da Constituição estatui:

Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

§ 1º - A parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios, não é considerada, para efeito do cálculo previsto neste artigo, receita do governo que a transferir.

§ 2º - Para efeito do cumprimento do disposto no "caput" deste artigo, serão considerados os sistemas de ensino federal, estadual e municipal e os recursos aplicados na forma do art. 213.

§ 3º A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, no que se refere a universalização, garantia de padrão de qualidade e equidade, nos termos do plano nacional de educação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

§ 4º - Os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde previstos no art. 208, VII, serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários.

§ 5º A educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

§ 6º As cotas estaduais e municipais da arrecadação da contribuição social do salário-educação serão distribuídas proporcionalmente ao número de alunos matriculados na educação básica nas respectivas

³¹⁶ *Op. Cit.*

³¹⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

³¹⁸ *Op. Cit.*

redes públicas de ensino. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)³¹⁹.

A concretização do direito de ensino ocorre através da educação formal, que decorre de princípios basilares estabelecidos na Constituição Federal. Igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; gestão democrática do ensino público, na forma da lei; garantia de padrão de qualidade (art. 206)³²⁰.

Assim, tem-se que o Estado deve proporcionar o ensino fundamental de forma adequada a todos, conforme os princípios constitucionais. Neste sentido, esclarece José Afonso da Silva:

A Constituição mesma já considerou que o acesso ao ensino fundamental, obrigatório e gratuito, é direito público subjetivo; equivale reconhecer que é direito plenamente eficaz e de aplicabilidade imediata, isto é, direito exigível judicialmente, se não for prestado espontaneamente. (...) As normas têm, ainda, o significado jurídico de elevar a educação à categoria de serviço público essencial que ao Poder Público impende possibilitar a todos³²¹.

Por fim, deve ser levado em conta que, para o ensino fundamental a educação por intermédio da iniciativa privada é secundária e condicionada, entretanto, nos demais níveis, a educação particular desempenha função essencial, especialmente em relação ao curso superior, para qual existem programas do Estado para utilização das vagas nos estabelecimentos privados de ensino³²².

DIREITO À SAÚDE

³¹⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. 2018.

³²⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

³²¹ SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular. Estudos sobre a Constituição**. São Paulo: Malheiros. 2007. Pág. 316.

³²² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

O direito à vida é requisito elementar da dignidade da pessoa humana, dele derivam os demais direitos fundamentais do homem, o que implica em dizer que em casos de doença, a pessoa tem direito a um tratamento adequado, qualquer que seja sua situação econômica. Desta forma, o direito à vida implica em entender que todo homem tem o direito de ter a integridade pessoal respeitada e protegida pelo Estado³²³. A Constituição Federal trata do direito à saúde em seu art. 196:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação³²⁴.

O Poder Público assegurou a liberdade de assistência à saúde à iniciativa privada, deixando às pessoas o arbítrio de optar por planos de saúde que possam atender com mais eficácia suas necessidades. Contudo, os indivíduos que necessitarem ou escolherem pelo sistema público de saúde serão atendidos nas mesmas condições³²⁵. Nesse sentido é o art. 199 da Constituição Federal:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.
§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.
§ 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.
§ 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.
§ 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização³²⁶.

Nessa linha, consigne-se que o direito à vida, considerado cláusula pétrea, é aplicável a todos que estejam sob a ordem jurídica brasileira. Compete ao Poder Legislativo brasileiro assegurar-lhe a devida proteção, a fim de evitar ameaça ou lesão a

³²³ *Op Cit.*

³²⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. 2018.

³²⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

³²⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. 2018.

alguns desses bens jurídicos tutelados³²⁷. A Constituição Federal de 1988 destaca, no seu artigo 197, a importância dos serviços de saúde:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado³²⁸.

O direito está ligado ao dever, assim, o possuidor do direito pode exigir do Estado à prestação à saúde. Deve ser objeto de políticas da União à saúde, bem como a proteção contra enfermidades, que afetem o desenvolvimento biopsicossocial dos indivíduos.

O direito à saúde, de acordo com as observações de José Afonso da Silva, a partir da lição de Gomes Canotilho e Vital Moreira, possui duas vertentes, como se verifica nos direitos sociais em geral:

uma de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros), que se abstenha de qualquer ato que prejudique a saúde; outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção das doenças e o tratamento delas³²⁹.

Para concretização do direito positivo à saúde, exigem-se prestações por parte do Estado, competindo aos entes públicos o cumprimento do disposto na Constituição para efetividade do direito. Em relação ao direito negativo, a sociedade pode exigir dos órgãos públicos que se abstenham da prática de atos que possam agredir ou por em risco a saúde das pessoas³³⁰³³¹.

³²⁷ ARAUJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 1998.

³²⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. 2018.

³²⁹ SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular. Estudos sobre a Constituição**. São Paulo: Malheiros. 2007. Pág. 312.

³³⁰ ARAUJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 1998.

³³¹ Registre-se que as ações e serviços públicos de saúde devem integrar uma rede constituída por um sistema único. O art. 200 da Constituição Federal estabelece as atribuições do sistema único de saúde, a saber:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I- controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
II- executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

Diante do aqui tratado, pode-se concluir que o direito à saúde está intimamente relacionado com o direito à vida. Não havendo acesso efetivo, assegurado por uma política empenhada no desenvolvimento da qualidade e presteza do atendimento, as pessoas correrão sérios riscos e prejuízos à saúde, à qualidade de vida e à própria sobrevivência.

DIREITO AO TRABALHO

O trabalho é definido como direito social pela Constituição Federal, entretanto não há, no texto constitucional, norma expressa consagrando o direito efetivo ao trabalho³³². Entretanto, pode-se compreender pelas normas constitucionais, que a ordem social tem como base o primado do trabalho, além disso, os valores sociais do trabalho foram declarados como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, o que ressalta a importância do trabalho como condição da existência digna da pessoa humana³³³. A Constituição Federal, em seu art. 7º, estabeleceu direitos constitucionais dos trabalhadores. Quanto a estes direitos, Alexandre de Moraes assevera que “os direitos sociais previstos constitucionalmente são normas de ordem pública com características de imperativas, invioláveis, portanto, pela vontade das partes³³⁴”.

O Estado como responsável por garantir o bem comum e com a finalidade de assegurar a justiça social deverá promover as políticas e instrumentos necessários para efetivação e fiscalização do efetivo cumprimento dos direitos trabalhistas³³⁵.

III- ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV- participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V- incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;

VI- fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII- participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII- colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho

³³² A pesar de não haver dispositivo constitucional expresso consagrando o direito efetivo ao trabalho, merece ser recordado que a busca do pleno emprego é um dos princípios da Ordem Econômica, conforme já tratado nesse trabalho.

³³³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

³³⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2009. Pág. 196.

³³⁵ *Op. Cit.*

O constituinte pretendeu asseverar o caráter protetor do Estado, com disposições amplas e ideais. À medida que cabe ao Estado oportunizar a ascensão ao mercado de trabalho, ao cidadão compete fazer uso deste trabalho para a salvaguarda de sua sobrevivência e de uma vida digna³³⁶.

DIREITO AO LAZER

Inicialmente cabe ser dito que o lazer, além de direito social, é reconhecido como direito urbanístico³³⁷. A Constituição relaciona o lazer com as condições de trabalho e com a qualidade de vida, devendo o salário mínimo garantir também este direito. E conforme disposto no art. 217, § 3º, é dever do Poder Público incentivar o lazer como forma de promoção social³³⁸.

Antes do texto Constitucional de 1988, o lazer era considerado um assunto supérfluo e não digno de proteção legal. O primeiro passo para a conquista do lazer, enquanto direito constitucional, foram as greves operárias na luta por “tempo livre”, elemento essencial para a saúde e dignidade humanas³³⁹. Cláudia Ramalho assevera ser dever das diversas instituições sociais garantir o direito ao lazer.

As instituições, como família, escola, empresa, igreja, clube, centro cultural e outras, tem o dever de criar oportunidades de diferentes tempos e espaços educativos para que elas possam vivenciar diversificados conteúdos culturais do Lazer com autonomia. O Estado deve cumprir seu papel na regulamentação do Lazer e o dever de prover as condições mínimas necessárias para que todas as crianças e suas famílias tenham acesso aos bens culturais de Lazer disponíveis na sociedade³⁴⁰.

³³⁶ *Idem.*

³³⁷ SANTOS, Flávia da Cruz. **Procurando o lazer no Constituinte**: sua inclusão como direito social na Constituição de 1988. Porto Alegre: UFRGS, 2011.

³³⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

³³⁹ RAMALHO, Cláudia. **Desafios para o Lazer como prática social cidadã**. Disponível em: <http://www.socialtec.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=156:desafios-para-o-lazer-como-pratica-social-cidada&catid=37:cidadania&Itemid=2>. Acesso em: 30 jul. 2017.

³⁴⁰ *Op. Cit.*

Desse modo, o lazer deve ser interpretado como repouso, recreação, prática de esporte, etc. Direito que requer um meio ambiente saudável e harmônico. O lazer serve tanto para recompor as forças após o trabalho, como para contribuir no desenvolvimento da criatividade. Portanto, este direito está relacionado ao direito dos trabalhadores que devem ter carga horária e salários que garantam o direito ao lazer. Além disso, é um dever da família e do Estado, em relação à criança, adolescente e jovem, conforme disposto no art. 227 da Constituição Federal³⁴¹.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)³⁴².

A partir daí, a legislação ordinária estabelecerá meios e formas de exercício ao direito ao lazer.

DIREITO À SEGURANÇA

A segurança é indispensável a toda pessoa, ao seu desenvolvimento e da sociedade. A inclusão da segurança no rol dos direitos sociais evidencia a intenção do legislador de incumbir o poder público de fornecer condições de segurança para que população exerça suas atividades e tenha o convívio social resguardado³⁴³.

Destarte, cabe dizer que, segundo Hannah Arendt³⁴⁴, do século XVII ao século XIX, a função das leis não era primordialmente a garantia de liberdades, mas sim a proteção do direito à propriedade. Assevera que durante esse período quem garantia a

³⁴¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

³⁴² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. 2018.

³⁴³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

³⁴⁴ ARENDT, Hannah. **Sobre a Revolução**. Trad. I. Morais. Lisboa. Relógio D'Água Editores, 2001.

liberdade dos indivíduos era a propriedade e não o direito. Portanto, a propriedade e a liberdade coincidiam e a conexão entre ambas permitia a liberdade. Por conseguinte, "quem dizia propriedade dizia liberdade, e recuperar ou defender os próprios direitos de propriedade era o mesmo que lutar pela liberdade"³⁴⁵. Para a autora:

(...) foi apenas quando o povo se tornou livre, sem possuir propriedades que lhe protegessem as liberdades, que as leis foram necessárias, a fim de proteger diretamente as pessoas e a liberdade pessoal, em lugar de protegerem apenas os seus direitos de propriedade³⁴⁶.

A separação formal entre propriedade e garantia de outras liberdades, a partir da positivação dos direitos civis, tende a influenciar na mudança do significado da segurança e, certamente, havendo também alteração dos meios para alcançá-la. A positivação ou historicização do direito acontece no século XIX, com o caso do Jusnaturalismo e o aparecimento do Historicismo e do Positivismo Jurídico³⁴⁷.

A segurança visa assegurar condições de vida digna, estendendo-se a todos os setores da sociedade, abrangendo a segurança nacional, contra o eventual ataque de países ou organizações estrangeiras, a segurança pública interna, a segurança do trabalho, a segurança no trânsito, segurança das edificações e, ainda, a segurança jurídica³⁴⁸.

No título V da Constituição Federal de 1988, “da defesa do Estado e das instituições democráticas”, está o capítulo III, “da segurança pública” composto por um único artigo, o 144³⁴⁹.

³⁴⁵ DIAS, Lúcia Lemos. **A política de segurança pública entre o monopólio legítimo da força e os direitos humanos: a experiência da Paraíba no pós 1988**. Recife: UFPE, 2010.

³⁴⁶ ARENDT, Hannah. **Sobre a Revolução**. Trad. I. Morais. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2001.

³⁴⁷ DIAS, Lúcia Lemos. **A política de segurança pública entre o monopólio legítimo da força e os direitos humanos: a experiência da Paraíba no pós 1988**. Recife: UFPE, 2010.

³⁴⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

³⁴⁹ Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:
I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: "[Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#)"

O artigo 144 da Constituição Federal de 1988 dispõe que “a segurança pública é direito e responsabilidade de todos”, fazendo-nos concluir que todo cidadão tem sua parcela de responsabilidade em relação à segurança pública. Sendo assim, não seria adequado atribuir todas as responsabilidades sobre a questão somente ao Estado. Entretanto, nos incisos do artigo 144 são mencionadas apenas as instituições policiais da União e dos Estados, sem ressaltar o papel de outros órgãos governamentais e da própria comunidade na prevenção à violência. A esse respeito Moema Dutra Freire esclarece que:

Para entender essa nova perspectiva, é interessante lembrar o contexto da Constituição de 1988, que aprofundou os princípios de descentralização administrativa, conferindo a estados e municípios novos papéis. A responsabilidade sobre a Segurança Pública, nesse conceito, passa a ser prioritariamente dos estados, por serem estes os responsáveis pela gestão das polícias civil e militar. Esse arranjo dotou os estados de autonomia na condução da política de segurança, mas, ao mesmo tempo, dificultou a implementação de diretrizes mínimas

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#))

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

§ 2º A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#))

§ 3º A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#))

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

§ 6º As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

§ 8º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

§ 9º A remuneração dos servidores policiais integrantes dos órgãos relacionados neste artigo será fixada na forma do § 4º do art. 39. ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#))

§ 10. A segurança viária, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas: ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 82, de 2014](#))

I - compreende a educação, engenharia e fiscalização de trânsito, além de outras atividades previstas em lei, que assegurem ao cidadão o direito à mobilidade urbana eficiente; e ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 82, de 2014](#))

II - compete, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos respectivos órgãos ou entidades executivos e seus agentes de trânsito, estruturados em Carreira, na forma da lei. ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 82, de 2014](#))

de uma política nacional de segurança, o que poderia trazer prejuízo para a prevenção e controle da violência e criminalidade, pois a manifestação desses fenômenos não respeita as fronteiras estaduais³⁵⁰.

Importante notar que o Supremo Tribunal Federal (STF), ao tratar da Segurança Pública, posicionou-se no sentido de que ser o direito à segurança prerrogativa constitucional indisponível, conceituando ordem pública como “a imperiosa necessidade de acautelar o meio social contra fatores de perturbação que já se localizam na gravidade incomum da execução de certos crimes”³⁵¹:

O direito a segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo³⁵².

(...)

O conceito jurídico de ordem pública não se confunde com incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144 da CF/1988). Sem embargo, ordem pública se constitui em bem jurídico que pode resultar mais ou menos fragilizado pelo modo personalizado com que se dá a concreta violação da integridade das pessoas ou do patrimônio de terceiros, tanto quanto da saúde pública (nas hipóteses de tráfico de entorpecentes e drogas afins). Daí sua categorização jurídico-positiva, não como descrição do delito nem cominação de pena, porém como pressuposto de prisão cautelar; ou seja, como imperiosa necessidade de acautelar o meio social contra fatores de perturbação que já se localizam na gravidade incomum da execução de certos crimes. Não da incomum gravidade abstrata desse ou daquele crime, mas da incomum gravidade na perpetração em si do crime, levando à consistente ilação de que, solto, o agente reincidirá no delito. Donde o vínculo operacional entre necessidade de preservação da ordem pública e acautelamento do meio social. Logo, conceito de ordem pública que se desvincula do conceito de incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio (assim como da violação à saúde pública), mas que se enlaça umbilicalmente à noção de acautelamento do meio social³⁵³.

³⁵⁰ FREIRE, Moema Dutra. **Acesso à Justiça e Prevenção à violência**: Reflexões a partir do projeto Justiça Comunitária. 2006. 187 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: <http://bdtd.bce.unb.br/tesdesimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=475>. Acesso em: 05set. 2014, págs. 101/102.

³⁵¹ ([RE 559.646-AgR](#), rel. min. **Ellen Gracie**, julgamento em 7-6-2011, Segunda Turma, *DJE* de 24-6-2011.)

³⁵² ([RE 559.646-AgR](#), rel. min. **Ellen Gracie**, julgamento em 7-6-2011, Segunda Turma, *DJE* de 24-6-2011.) **No mesmo sentido**: [ARE 654.823-AgR](#), rel. min. **Dias Toffoli**, julgamento em 12-11-2013, Primeira Turma, *DJE* de 5-12-2013.

³⁵³ ([HC 101.300](#), rel. min. **Ayres Britto**, julgamento em 5-10-2010, Segunda Turma, *DJE* 18-11-2010.)

Atualmente tem-se referido um terceiro paradigma de segurança, a Segurança Cidadã, que surgiu em meados do ano de 1990, foi implementada na Colômbia em 1995. Esse novo paradigma tem como fundamento a aplicação de políticas setoriais em níveis locais, ou seja, “parte da natureza multicausal da violência e, nesse sentido, defende a atuação tanto no espectro do controle como na esfera da prevenção, por meio de políticas públicas integradas no âmbito local”³⁵⁴.

A Segurança Cidadã tem como primeiro objetivo a identificação dos problemas geradores da violência e delinquência, e em segundo momento a implementação de ações planejadas visando à resolução dos problemas identificados, esse processo envolve instituições públicas e a sociedade civil, bem como outras áreas de atuação, como educação, saúde, lazer, esporte, cultura, cidadania, etc³⁵⁵.

No Brasil, o Governo Federal lançou o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (PRONASCI), desenvolvido pelo Ministério da Justiça (MJ), o qual trata da segurança pública a partir da prevenção. A ideia central desse programa é ligar políticas de segurança pública com ações sociais de prevenção, controle e repressão à violência³⁵⁶.

³⁵⁴ FREIRE, Moema Dutra. **Acesso à Justiça e Prevenção à violência**: Reflexões a partir do projeto Justiça Comunitária. 2006. 187 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: <http://bdtd.bce.unb.br/tesesimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=475>. Acesso em: 02 nov. 2010

³⁵⁵ Esse novo paradigma, de forma tímida tem sido introduzido nos estudos e políticas públicas na área da segurança, porém envolve muitos desafios a aplicação prática desse paradigma. “Na perspectiva de Segurança Cidadã, o foco é o cidadão e, nesse sentido, a violência é percebida como os fatores que ameaçam o gozo pleno de sua cidadania” Atualmente no Brasil, vive-se o paradigma da Segurança Pública, mas aos poucos se tem buscado evoluir para o paradigma da Segurança Cidadã, percebendo-se que a segurança é um instituto de extrema complexidade e envolve não só os entes estatais, mas toda a comunidade.

³⁵⁶ O programa visa à interação da comunidade nos problemas de segurança pública, por entender que não há ninguém melhor para discutir os problemas de sua comunidade do que o próprio morador dessa comunidade. O programa age através de 94 ações que envolvem a União, os estados e os municípios por meio de mobilizações policiais e comunitárias. O principal foco do PRONASCI está nas comunidades onde são realizadas ações educativas, de conscientização e de fortalecimento dos laços de cidadania. MEDEIROS, Glauco Pereira de. **A Constituição Federal de 1988 e a Segurança Pública: Direito e Responsabilidade de Todos**. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4134 Acesso em: 12/09/2015.

Para estruturação dessa política o programa estabelece dois aspectos fundamentais de atuação: O primeiro que a polícia passe a atuar através da filosofia de policiamento comunitário e a comunidade se organize através dos Conselhos Comunitários de Segurança (CONSEGs)³⁵⁷.

Por outro lado, a comunidade também precisa ser capacitada para poder cobrar os seus direitos e também participar de modo mais qualificado, atuando de modo organizado. Nesse sentido o programa dispõe da criação dos CONSEGs.

Tais conselhos são formados por grupos de moradores que se reúnem com autoridades públicas com o objetivo de discutir, analisar, planejar, acompanhar e avaliar a solução de problemas de proteção social, contribuindo com a segurança de seus bairros e desenvolvendo campanha educativas e sociais. Os CONSEGs são formados por membros natos, efetivos e participantes, os membros natos são os representantes das polícias civil e militar e os efetivos são eleitos pela própria comunidade³⁵⁸.

Por fim, merece destaque o fato do § 7º do artigo 144 da Constituição não ter sido regulamentado até a presente data³⁵⁹, de modo que as ações de segurança e a cooperação na área de inteligência entre as polícias dos estados ainda não possui uma diretriz única, o que dificulta um planejamento eficaz para a prevenção de ilícitos.

DIREITO À PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAIS

³⁵⁷ O policiamento comunitário é, em sentido amplo, uma interação entre a polícia e a comunidade, de forma que a comunidade coopere com o aparelho policial e materialize o preceito do artigo 144, *caput* da Constituição Federal. Esta forma de policiamento tem suas origens nas cidades americanas do interior, onde um policial faz a ligação entre a comunidade e o departamento de polícia. O policiamento comunitário baseia-se também no estabelecimento dos policiais como “mini-chefes” de polícia descentralizados em patrulhas constantes, trabalhando em contato permanente com a comunidade. *Op. Cit.*

³⁵⁸ *Idem.*

³⁵⁹ O Projeto de Lei do Senado nº 391/2015 de autoria do Senador Wilder Morais visa regulamentar o dispositivo constitucional. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121970> Acesso em: 13/09/2015.

A seguridade social, que integra a ordem social, compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa do Estado e da sociedade destinado a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (art. 194 da CRFB/88). Cabe destacar que dentre os três subsistemas que integram a seguridade social, apenas a previdência social depende de contribuição direta por parte do beneficiário³⁶⁰.

A previdência tem como fundamento o princípio do seguro social, desta forma os benefícios e serviços são destinados a garantir a cobertura de eventuais doenças, invalidez, morte, velhice, pressupondo uma contribuição³⁶¹.

A Constituição definiu o direito à previdência social nos artigos 201 e 202. O regime da previdência social abrange benefícios e serviços. Os benefícios são prestações pecuniárias, como aposentadoria por invalidez, por velhice, por tempo de serviço, nos auxílios por doença, maternidade, reclusão e funeral, no salário desemprego, na pensão por morte do segurado. Já os serviços são prestações assistenciais, a exemplo da prestação médica, farmacêutica, hospitalar, odontológica, social e de reeducação ou readaptação social³⁶².

A seguridade social, como sistema, foi pensada para preencher as lacunas da previdência social, pois esta última é uma espécie de seguro social, devendo seu destinatário ser o segurado ou seus dependentes, nos termos da lei³⁶³. Conforme disposto no art. 203, da Constituição Federal “a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social”.

Nesse ponto, vale mencionar que a Lei 8.080/1990 regula as ações e serviços de saúde e reafirma o dever do Estado em promover as condições indispensáveis para a promoção, proteção e recuperação da saúde, como direito fundamental do ser humano.

O direito à assistência tem por característica a universalidade, conforme dispõe o art. 203 da CFRB/1988: “O direito à assistência social será prestado a quem dela

³⁶⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. Pág. 830.

³⁶¹ BALERA, Wagner. **Noções Preliminares de Direito Previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

³⁶² BALERA, Wagner. **Sistema de seguridade Social**. 8ª ed. São Paulo: Ltr, 2016.

³⁶³ TOMÉ, Fabiana Del Padre. **Contribuições para a Seguridade Social à luz da Constituição Federal**. Curitiba: Juruá, 2ª Ed. 2013. 3ª Reimpressão. 2016.

necessitar, independente de contribuição”. Os recursos para a assistência social são provenientes do orçamento geral da seguridade social são, a princípio, impersonalizáveis e direcionados àqueles que não dispõem de meios de sobrevivência³⁶⁴.

A Lei 8.742/1993 - Lei Orgânica da Assistência Social dispõe que a assistência social é direito do cidadão e dever do Estado. A Política de Seguridade Social caracteriza-se por ser não contributiva e o serviço prestado pela iniciativa pública e pela sociedade para assegurar as necessidades básicas do cidadão³⁶⁵.

Por fim, cabe registrar que a Lei em questão estabelece, no seu art. 2º, p. u, como finalidade o enfrentamento da pobreza, à garantia dos mínimos sociais, que devem ser feito de forma integrada de políticas setoriais. A assistência social tem como princípios a universalização dos direitos sociais, o respeito à dignidade do cidadão e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade, entre outros (art. 4º da Lei 8742/93).

DIREITO À PROTEÇÃO À MATERNIDADE E À INFÂNCIA

Inicialmente, nota-se que esse direito, além de arrolado como direito social no art. 6º da CF/88, consta também do capítulo da Ordem Social, onde há previsão ao tratar

³⁶⁴ *Op. Cit.*

³⁶⁵ A Lei em questão, por meio de seu artigo 2º, estabelece os objetivos da assistência social: Art. 2º A assistência social tem por objetivos: (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

I - a proteção social, que visa à garantia da vida, à redução de danos e à prevenção da incidência de riscos, especialmente: (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

a) a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)

b) o amparo às crianças e aos adolescentes carentes; (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)

c) a promoção da integração ao mercado de trabalho; (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)

d) a habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; e (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)

e) a garantia de 1 (um) salário-mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família; (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)

II - a vigilância socioassistencial, que visa a analisar territorialmente a capacidade protetiva das famílias e nela a ocorrência de vulnerabilidades, de ameaças, de vitimizações e danos; (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

III - a defesa de direitos, que visa a garantir o pleno acesso aos direitos no conjunto das provisões socioassistenciais. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

Parágrafo único. Para o enfrentamento da pobreza, a assistência social realiza-se de forma integrada às políticas setoriais, garantindo mínimos sociais e provimento de condições para atender contingências sociais e promovendo a universalização dos direitos sociais. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011).
BALERA, Wagner. **Sistema de seguridade Social**. 8ª ed. São Paulo: Ltr, 2016.

do direito de previdência social no art. 201, III, CFRB “proteção à maternidade, especialmente à gestante”, e do direito a assistência social no seu art. 203, I, CFRB, “proteção à família, a maternidade, à infância, à adolescência e à velhice”³⁶⁶.

Ao prever o direito à maternidade, o legislador visou proteger a concepção do filho, bem como a qualidade e as condições de ser mãe, desde a fase pré-natal até fase posterior ao nascimento. Essa proteção se inclui nos planos de previdência social que, por meio de contribuição, atenderá a maternidade, especialmente à gestante (art. 201, III CFRB/88), incluir-se também entre a assistência social, que será prestada a quem dela necessitar, independe de contribuição à seguridade social (art. 203, I CFRB/88)³⁶⁷.

A proteção à infância compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal, que devem legislar concorrentemente. O art. 203, I da Constituição garante “proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice”, ainda no inciso II “amparo às crianças e adolescentes carentes”. Alguns direitos sociais positivados, no art. 227 da Constituição Federal, foram propostos somente em relação à criança e ao adolescente, devendo-se esta prioridade ser respeitada³⁶⁸.

DIREITO À MORADIA

O direito à moradia foi inserido por meio da Emenda Constitucional n.º 26 de 14 de fevereiro 2000, que alterou o artigo 6º da Constituição Federal. Esta inclusão evidencia a preocupação do legislador em prever direito, mas não o de criar instrumentos viabilizadores deste direito³⁶⁹.

A inclusão deste direito na Constituição envolve dificuldade de concretizar-se substancialmente na prática. Mas há de se reconhecer que já foi um avanço, especialmente com as políticas sociais de assentamento e subsídio para aquisição de residência para as pessoas de baixa renda.

³⁶⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

³⁶⁷ *Op. Cit.*

³⁶⁸ *Idem.*

³⁶⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Tratado de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIREITO À ALIMENTAÇÃO

A alimentação foi inserida entre os direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal a partir de fevereiro de 2010, por meio da Emenda Constitucional 64/2010. Esta inclusão foi resultado da luta da sociedade civil, organizações e movimentos sociais e cidadãos³⁷⁰.

Apesar da inclusão desse direito no Texto Magno, isso não tem se mostrado suficiente para garantir a todos uma alimentação adequada e saudável. O direito à alimentação apropriada é ter o acesso tanto físico quanto econômico, sem interrupções, à alimentação adequada ou às formas para adquirir o alimento, sem prejudicar o orçamento familiar destinado à obtenção de outros direitos sociais básicos, como saúde e educação. Esse direito visa acabar com a fome e a desnutrição, bem como garantir à população uma alimentação saudável³⁷¹.

O direito à alimentação está previsto nos artigos 6º e 227 da Constituição Federal, definido pela Lei 11.346/2006 (Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional), assim como no art. 11 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Desta forma, é um preceito jurídico de aplicabilidade imediata, progressiva e contínua³⁷².

A alimentação como obrigação do Estado, implica na proteção e realização deste direito, assim em hipótese alguma, pode o Estado tomar qualquer medida que possa bloquear o acesso à alimentação adequada, devendo, tomar providências para evitar que terceiros retirem das pessoas seu direito à alimentação³⁷³.

Referida obrigação se expressa na dimensão da obrigação do Estado providenciar a alimentação aos que não conseguem prover de forma independente sua alimentação por situação de pobreza ou por terem sofrido catástrofes e calamidades.

³⁷⁰ *Op. Cit.*

³⁷¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

³⁷² *Op. Cit.*

³⁷³ *Idem.*

Outra dimensão deste dever é a de empenhar-se em organizar políticas públicas a fim de garantir a alimentação adequada de toda a população³⁷⁴.

DIREITO AO TRANSPORTE

Inserido pela Emenda Constitucional n.º 90 de 15 de setembro 2015, o direito ao transporte acrescentou ao artigo 6º da Constituição Federal de 1988, a disciplina de se assegurar por meio de políticas públicas a liberdade de ir e vir dos indivíduos, de forma digna e segura.

Ainda é cedo para se delimitar a dimensão concreta desse novo direito social, entretanto, ele surge após várias manifestações populares pelo País, por um transporte em condições dignas e de forma acessível (financeiramente), que acabaram por culminar a aceleração desse processo de reconhecimento constitucional.

Ademais, assim como ocorre com a saúde e a educação, a inserção do transporte no artigo 6º, passa a figurar como direito social que poderá ter recursos vinculados ao orçamento público pátrio. Desta forma, assegurando percentual específico em lei para esta área que tanto carece de investimentos no nosso país.

3.2.2.O CUSTEIO PREDOMINANTE ESTATAL E O “MITO DO GOVERNO GRÁTIS”

Como se pode notar, do até aqui tratado, o objeto do direito social consiste na prestação de um serviço, ou na sua impossibilidade, de uma contrapartida que o garanta. A Constituição Federal declara que o Estado é responsável por atender aos direitos sociais. Assim, cabe à pessoa que necessite de proteção a seus direitos exigir a prestação concreta por parte do Estado³⁷⁵.

³⁷⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Tratado de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

³⁷⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

Nessa linha, compete ao Estado assegurar esses direitos, através da implementação dos serviços e políticas públicas. A prestação de serviços para garantia dos direitos sociais gera um ônus direto para o Estado e de forma indireta para os contribuintes, através da tributação³⁷⁶.

Quanto ao estabelecimento de políticas públicas para custear os direitos sociais, Paulo Rabello de Castro identifica, em alguns países, o que denomina de “Mito do Governo Grátis”, onde o governante busca deixar no governado a sensação de que nada pagou para o muito que recebeu do Estado. Nas palavras do autor:

O governante em sociedades complexas tudo fará para evitar que a inquietação de saldo negativo se associe ao seu nome e à sua gestão. Seu objetivo fixo, a permanente mira política de governante, está em realizar, ou deixar que percebam, como se por ele realizado, o maior saldo possível de benefícios em relação ao que cada cidadão contribuinte acha que pagou. No limite, o governante tentará deixar no governado a sensação de que nada pagou para o muito que recebeu. (...) Como mágica, há uma distração dos detalhes da realidade e uma concentração na vontade de acreditar. Há emoção ao invés da razão. Por isso, o populismo se repete como experiência política de ilusionismo coletivo nos mais diversos países e nas mais variadas situações ao longo de toda a história humana³⁷⁷.

Acerca do conceito do termo em questão, aduz Paulo Rabello de Castro que o “mito do governo grátis”, está na raiz da atual estagnação do processo produtivo brasileiro, mas que não é exclusividade no nosso país:

O mito do governo grátis, aquele que distribui vantagens a todos sem nenhum custo para a sociedade, está na raiz do declínio da produtividade e na atual estagnação do processo produtivo brasileiro. Mas não é privilégio nosso³⁷⁸.

³⁷⁶CASTRO, Paulo Rabello de. **O mito do Governo Grátis: o mal das políticas econômicas ilusórias e as lições de 13 países para o Brasil Mudar.** 1 ed. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2014.

³⁷⁷ *Op. Cit.* Págs. 21/22.

³⁷⁸ *Idem.* Pág. 22.

Segundo o autor, o Governo Grátis gera na área social um aumento nas bolsas, benefícios de assistência social e demais auxílios em geral. E, na economia, acarreta em mais subsídios, isenções, perdões, enfim, mais benesses fiscais em geral³⁷⁹.

Entretanto, Paulo Rabello de Castro atenta que tais atitudes governamentais, acarretam em aumento do gasto público, da carga tributária da burocracia e da utilização das políticas públicas a fim de atingir interesses político-partidários³⁸⁰. Com isso acaba por reduzir os investimentos, inovação, empreendedorismo, e conseqüentemente o PIB³⁸¹.

Um dos grandes problemas do Mito do Governo Grátis, como se pode observar, é que a sua prática leva à redução da produtividade e estagnação econômica. Ademais, com a utilização das políticas públicas a fim de atingir interesses político-partidários, colabora para o aumento da corrupção³⁸². Mas, para, além disso, pode justificar a sustentação da teoria da Reserva do Possível, como subterfúgio na não efetivação de direitos sociais. Posto que, ao passar a ideia de que o administrado “nada pagou para o muito que recebeu” pode vir a enfraquecer a cobrança da sociedade por mais e melhores políticas e serviços públicos, deixando-a satisfeita e/ou resignada com o que o Estado já oferece.

Em algumas situações, o dever de se cumprir os direitos sociais é dividida com a sociedade, a família ou com o empregador, cabendo nestes casos ao Estado à fiscalização e instrumentos para torná-los efetivos³⁸³.

³⁷⁹ *Idem*. Pág. 38.

³⁸⁰ O Autor se refere à esse último aspecto como “Controles Políticos” (pág. 38)

³⁸¹ Diante desse cenário, Paulo Rabello de Castro demonstra que no Brasil, a política econômica, dos anos 2000 para cá, reduziu a propensão de investimentos, tanto internos como externos, na sanha enlouquecida de tributar cada vez mais. E complementa que o Governo tomou do setor privado os recursos com que fariam seus investimentos, mas não devolveu à sociedade, na forma de investimentos públicos, os recursos que expropriaram. CASTRO, Paulo Rabello de. **O mito do Governo Grátis: o mal das políticas econômicas ilusórias e as lições de 13 países para o Brasil Mudar**. 1 ed. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2014. Pág 53.

³⁸² *Op. Cit.* Págs. 80/81.

³⁸³ *Idem*.

OS DIREITOS SOCIAIS E A RESERVA DO POSSÍVEL

Os direitos sociais, enquanto direitos sujeitos a prestações positivas por parte do Estado possuem um custo elevado, principalmente quando comparados com os direitos, liberdades e garantias de primeira dimensão que exigem uma prestação negativa, de não atuação por parte do Estado. Em virtude disso, entende-se que há um limite fático intransponível que dificulta sobremaneira a efetivação dos direitos sociais.

Este limite fático encontra guarida no chamado Princípio da Reserva do Possível, onde se entende que a efetivação dos direitos sociais ficam na dependência das forças do erário público e de previsão em lei orçamentária.

Cumprido ressaltar, desde já, que a cláusula da reserva do possível pode ser apontada como um dos principais obstáculos à efetividade dos direitos prestacionais, visto que a busca pela sua superação envolve intrincadas questões de natureza econômica e política³⁸⁴.

Com efeito, o exame da cláusula da reserva do possível deve abordar necessariamente os dados da realidade econômica de cada Estado, levando-se em consideração, principalmente, as possibilidades financeiras de cada governo e também o que já foi implementado a título de políticas sociais³⁸⁵.

Nesta senda, pode-se dizer, então, que a aplicação das normas constitucionais sociais está sujeita a uma reserva de consistência, a qual obriga o intérprete a verificar os dados da realidade antes de atribuir eficácia à norma constitucional.

A cláusula da reserva do possível tem sua origem na jurisprudência da Corte Constitucional Alemã (*Bundesverfassungsgericht*), mais precisamente no célebre caso *Numerus Clausus*, julgado em 1972³⁸⁶.

³⁸⁴ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível**. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006.

³⁸⁵ *Op. Cit.*

³⁸⁶ KRELL, Andréas. **Direitos sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002.

No referido caso, o Tribunal Federal Constitucional Alemão apreciou as limitações à admissão de estudantes para o curso de medicina nas Universidades de Hamburgo e da Baviera. Confira-se pequeno excerto do mencionado julgamento, citado na obra organizada por Leonardo Martins:

Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade³⁸⁷.

Assim, o Tribunal Federal Constitucional Alemão assentou que a prestação exigida do Estado deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. Com efeito, o foco principal do julgamento proferido pela Corte Constitucional Alemã não se vinculou à questão relacionada à escassez de recursos financeiros, mas, sim, a razoabilidade da prestação requerida do Estado³⁸⁸.

Portanto, de acordo com a doutrina da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*), construída pela Corte Constitucional Alemã, mesmo que houvesse recursos financeiros para satisfazer a prestação requerida, o Estado não iria realizar se a exigência não estivesse dentro do limite do razoável³⁸⁹. No aludido julgamento, o Tribunal Alemão entendeu que não seria razoável impor ao Estado a obrigação de garantir o ingresso na Universidade de todos aqueles que pretendessem estudar medicina.

Ressalte-se que, no caso em questão, não estava em debate apenas a restrição do acesso ao ensino superior, mas também o direito de liberdade de escolha da profissão, garantido pela Lei Fundamental Alemã. Com isso, o Tribunal Alemão entendeu que a liberdade de escolha de profissão pressupunha o livre acesso às instituições de ensino, pois este último seria condição *sine qua non* para a efetiva liberdade de escolha profissional. Contudo, o Estado Alemão não tinha condições de matricular no curso de

³⁸⁷ MARTINS, Leonardo. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer Stiftung, 2005. pág. 663.

³⁸⁸ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível**. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006, pág. 233.

³⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pág. 301.

medicina todas as pessoas que assim o quisessem, razão pela qual foi garantido ao menos o tratamento igualitário de acesso ao ensino superior³⁹⁰.

É relevante notar que a doutrina da reserva do possível foi acolhida pelo direito pátrio com outra compreensão. Conforme já dito, no Direito Alemão, a teoria foi concebida como um direcionamento ao Estado no sentido de que este só pode ser exigido em face de prestações que se encontram dentro de um limite de razoabilidade. Já, no direito pátrio, a reserva do possível encontra-se ligada ao limite referente à escassez dos recursos públicos³⁹¹. Flávio Pansieri explicita:

Neste momento surge outro condicionante importante a implementação dos Direitos Sociais a chamada reserva do possível, ou seja, a implementação dos Direitos Sociais dependerá do nível de desenvolvimento econômico, social, científico e cultural de cada Estado, por esta razão se diz que os Direitos Sociais são de satisfação progressiva. Porém, a reserva do possível não significa que os Direitos Sociais somente serão implementados de acordo com os recursos ditos disponíveis pelos administradores, verificar-se-á a aplicação dos mínimos exigidos pela Constituição, bem como a impossibilidade de retrocesso social³⁹².

No mesmo sentido o entendimento de Carlos Flávio Venâncio Marcilio:

De fato, os recursos da sociedade, incluindo-se aí a disponibilidade financeira, são escassos, o que significa que o Estado não pode atender a todos os anseios da sociedade. Surge, então a necessidade de administrar de maneira adequada e eficiente os recursos escassos da sociedade para promover o maior bem social possível. Porém, como não é possível satisfazer todos os desejos sociais, o Estado, como administrador dos recursos, deve fazer escolhas acerca de quais necessidades atender e de quais necessidades abrir mão ou de atender de maneira deficiente.

Como consequência da escassez de recursos financeiros, deve-se admitir que os direitos não são absolutos. Os direitos não podem ser absolutos porque os recursos financeiros do Estado são limitados, o que implica a impossibilidade de concretização e efetivação de todos os direitos, ou seja, existirão direitos sacrificados pela reserva do financeiramente possível. Reconhece-se que o sacrifício de direitos é

³⁹⁰ MARTINS, Leonardo. **Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

³⁹¹ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível**. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006, pág. 235.

³⁹² PANSIERI, Flavio. **Condicionantes à Sindicabilidade dos Direitos Sociais**. In: Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo, e desenvolvimento em países periféricos. (Orgs.) Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e, Martonio Mont'alverne Barreto Lima. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar. 2006. pág. 188.

lastimável, porém é uma consequência natural da escassez de recurso³⁹³.

Canotilho também concebe a reserva do possível como a limitação dos recursos financeiros. Esta é a observação de Andreas J. Krell: “O português Canotilho vê a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais dentro de uma ‘reserva do possível’ e aponta a sua dependência dos recursos econômicos”³⁹⁴.

Após uma breve análise das origens da cláusula da reserva do possível, faz-se necessário perscrutar sobre a possibilidade de transposição da *Vorbehalt des Möglichen* – prevista na Alemanha – para o sistema constitucional brasileiro.

No que tange à discussão acima, merece destaque a disparidade socioeconômica dos dois países. Dessa forma, a aplicação da reserva do possível no Brasil estaria condicionada a um ajustamento à realidade socioeconômica brasileira. Neste sentido, Ivo Dantas sustenta não ser possível “transportar um instituto de uma sociedade para outra, sem se levar em conta os condicionamentos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos”³⁹⁵.

Andreas Krell faz uma crítica severa ao modo como a cláusula da reserva do possível foi transportada do sistema alemão e introduzida no direito brasileiro. O autor enfatiza a drástica diferença social entre o Brasil e a Alemanha:

Devemos nos lembrar que os integrantes do sistema jurídico alemão não desenvolveram seus posicionamentos para com os direitos sociais num Estado de permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente excluídos. Na Alemanha – como nos países centrais – não há um grande contingente de pessoas que não acham vagas nos hospitais mal equipados da rede pública; não há necessidade de organizar a produção e distribuição da alimentação básica a milhões de indivíduos para evitar sua subnutrição ou morte; não há altos números de crianças e jovens fora da escola; não há pessoas que não conseguem sobreviver fisicamente com o montante pecuniário de assistência social que recebem, etc.

(...)

Assim, a discussão européia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos

³⁹³MARCILIO, Carlos Flavio Venâncio. **O custo dos direitos e a concretização dos direitos sociais**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: RT. Vol 66. jan-mar. 2009. pág.162.

³⁹⁴KRELL, Andréas . **Direitos sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002, págs. 51/52.

³⁹⁵ DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Comparado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 105.

subjativos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado Providência³⁹⁶ nunca foi implantado³⁹⁷.

Nesse particular, sublinha-se o papel relevante do Direito Comparado na evolução das doutrinas nacionais, porém, por outro lado, é necessário fazer adaptações às teorias originadas no Direito Estrangeiro à realidade nacional, sobretudo no que se reporta à reserva do possível, uma vez que desnuda um caráter essencialmente econômico que varia de acordo com as características de cada país³⁹⁸.

Cumprir advertir, que a escassez dos recursos financeiros exige uma decisão responsável do Poder Público quanto à alocação das verbas públicas. Sendo assim, a destinação dos recursos deverá sempre se nortear pela observância aos princípios constitucionais da eficiência e da moralidade administrativa.

Nesse contexto, torna-se imperioso fazer alusão à afirmação de Stephen Holmes e Cass Sunstein no sentido de que “levar direitos a sério significa levar a sério o problema da escassez”³⁹⁹.

Ressalte-se, ainda, a necessidade de intensificação de mecanismos de participação popular na gestão do orçamento público, de modo que os indivíduos e associações possam efetivamente ser coautores das decisões alocativas dos recursos públicos. No Brasil, no entanto, tais instrumentos de democracia participativa ainda são incipientes, pois, em regra, estão adstritos à pequena parcela do orçamento público⁴⁰⁰.

³⁹⁶ O Estado Providência nada mais é do que uma das denominações do *Welfare State*. Para o autor em comento, no Brasil, houve um esboço de implantação do Estado de Bem-Estar Social nas décadas de 1970 e 1980, retomado em 2002, mas que parou no aspecto assistencialista do Estado Providência (pág. 67).

³⁹⁷ KRELL, Andréas. **Direitos sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002, págs. 108/109 e 54.

³⁹⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2004, págs. 307/308.

³⁹⁹ Tradução livre do autor. Texto original: “Taking rights seriously means taking scarcity seriously”. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes** s. New York: Norton & Co., 1999, pág. 94.

⁴⁰⁰ SÁNCHEZ-PARGA, José. **Cidadania e participação democrática**. 2005. Disponível em <http://www.portalsaofrancisco.com.br/.../cidadania-e-participacao-democratica/>. Acesso em: 02/11/ 2015.

Considerando a escassez dos recursos, mormente nos países ainda em desenvolvimento, como o Brasil, a escolha da alocação deverá ser racional e também voltada às prioridades indicadas pela norma constitucional. Destaca-se, assim, a força dirigente da Constituição, a qual impõe diretrizes aos poderes constituídos na definição das políticas públicas⁴⁰¹.

Deve ser levado em conta, também, que quem pugna pela plena efetivação dos direitos sociais alega que a excessiva importância dada aos recursos financeiros, além de impossibilitar a realização desses direitos cria uma acomodação do Estado nos seus diversos níveis, estendendo seus efeitos para todos os setores que tratam diretamente com esta espécie de direitos⁴⁰².

No mesmo sentido, deve ser considerado quando o Estado alega falta de recursos para implementação desses direitos recai num erro duplo: desrespeito aos direitos sociais (que é uma das espécies de Direitos Humanos) e desrespeito às normas constitucionais de planejamento orçamentário de curto, médio e longo prazo⁴⁰³.

Assim, é necessário ter-se em mente que os direitos sociais, para que sejam efetivados na sua plenitude, vinculam todos os Poderes constituídos, cada um em diferente grau. O legislador, à sua concretização (e não lesão), e o administrador e o juiz à sua observância (seja para o fim de realizá-los ou não lesioná-los). Em suma, o legislador deve proceder à sua concretização, enquanto que o administrador e o juiz à sua realização⁴⁰⁴.

⁴⁰¹ A respeito da Constituição Dirigente, recorde-se que o tema foi abordado no item “3.1” deste trabalho.

⁴⁰² LIMA, George Marmelstein. **Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Dissertação de Mestrado. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2005.

⁴⁰³ *Op. Cit.*

⁴⁰⁴ *Idem.*

CAPÍTULO IV

PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Para que seja possível continuarmos prosseguindo em busca do Capitalismo solidário no Brasil, imperioso abordar o princípio da solidariedade e seu tratamento na Carta de 1988. Inicialmente, destaca-se o que escreveu Jean-Jacques Rousseau a respeito das espécies de desigualdade existentes na espécie humana.

Concebo, na espécie humana, duas espécies de desigualdade: uma a que chamo natural ou física, por ser estabelecida pela natureza, e que consiste na diferença das idades, da saúde, das forças do corpo e das qualidades do espírito ou da alma; a outra, a que se pode chamar desigualdade moral ou política, por depender de uma espécie de convenção e ser estabelecida, ou pelo menos autorizada, pelo consentimento dos homens. Esta consiste nos diferentes privilégios que alguns usufruem em prejuízo dos outros, como serem mais ricos, mais reverenciados e mais poderosos do que eles, ou mesmo em se fazerem obedecer por eles⁴⁰⁵.

A desigualdade que Jean-Jacques Rousseau denomina de moral ou política sempre se fez presente na espécie humana. Na Antiguidade, diante da elementaridade dos princípios solidários, era mais intensa. Na atualidade essa desigualdade foi reduzida, pois o princípio da solidariedade ocupa papel de extrema relevância no constitucionalismo contemporâneo, elevando-se a poderoso instrumento de mudança social, porque pode ser exigido juridicamente. Claro que a solidariedade como princípio jurídico só recentemente se fez presente, depois de passar por longo caminho ao longo da história da humanidade⁴⁰⁶.

Para Emanuel de Melo Ferreira nas sociedades greco-romanas clássicas, marcadas pela desigualdade, não havia espaço para a solidariedade, salvo aquela que se praticava em decorrência de laços de família ou de relações de sangue. Este paradigma de limitar a solidariedade aos membros de determinada família foi superado nas cidades-

⁴⁰⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Trad. Maria Ermantina Galvão; cronologia e introdução Jacques Roger. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. (Clássicos). Pág. 159.

⁴⁰⁶ FERREIRA, Emanuel de Melo. **A evolução da solidariedade: das sociedades clássicas à principiologia constitucional**. In: Encontro do CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza: CONPEDI, 2010.

Estado da Grécia antiga, com base na concepção de Aristóteles segundo a qual a amizade seria capaz de mantê-las unidas⁴⁰⁷.

A ideia de amizade como laço de união e cooperação foi então estendido às relações sociais que deveriam ser desenvolvidas a partir de laços de amizade que cada um faz com quem bem entender, de acordo com a sua livre afeição⁴⁰⁸.

A amizade é, assim, o primeiro pressuposto para a prática da solidariedade nas relações sociais das sociedades clássicas. Esta solidariedade, no entanto, era restrita a poucas pessoas e ficava adstrita às classes urbanas dominantes, excluindo-se as mulheres, os escravos, os estrangeiros, os operários e os camponeses⁴⁰⁹.

A doutrina cristã deu sua contribuição para o aperfeiçoamento da prática solidária em sociedade, ao estabelecer que a solidariedade teria como destinatários não uma classe superior, mas todos os integrantes do gênero humano.

Para a doutrina dos seguidores de Cristo a solidariedade “deveria ser entendida como amor ao próximo, incluindo aí os inimigos e estranhos”. E assim deveria ser porque todo o homem deve amar ao seu próximo como a si mesmo, pois se todos foram criados à imagem e semelhança de Deus, necessariamente, possuem a mesma dignidade⁴¹⁰.

Com o advento da Revolução Francesa, novo impulso foi dado à noção de solidariedade. De fato, as novas ideias decorrentes da efervescência revolucionária levaram a superação da noção de solidariedade voltada para outro mundo, o mundo espiritualizado da salvação pessoal. No lema revolucionário “liberdade, igualdade e fraternidade” não havia menção ao termo solidariedade, mas ao de fraternidade, sendo este último ligado à ideia de caridade ou filantropia, de modo a proporcionar auxílio aos necessitados, “sendo que estes eram vistos em sua individualidade”⁴¹¹.

⁴⁰⁷ *Op. Cit.*

⁴⁰⁸ *Idem.*

⁴⁰⁹ *Idem.*

⁴¹⁰ *Op. Cit.*

⁴¹¹ *Op. Cit.*

Com efeito, a noção de fraternidade criada pelos revolucionários franceses não pode ser confundida com a ideia moderna de solidariedade, por lhe faltar o valor “norteador de políticas públicas sociais, destinadas a alcançar a justiça social”, porque preponderava o individualismo caracterizador do emergente Estado Liberal⁴¹².

A cartilha do ideário liberal sustenta que a conquista da igualdade entre os homens não pode ser alcançada com a simples utilização de um ideal de equidade e justiça, mas sim com a preservação da liberdade individual que deve ser colocada em primeiro lugar, pois onde há uma sociedade livre há também mais igualdade social. Nas palavras de Emanuel de Melo Ferreira:

O ideário liberal rejeita o objectivo de redução das desigualdades, em nome de um qualquer ideal de equidade e de justiça: as políticas que buscam realizar a justiça social distributiva são sempre encaradas como um *atentado contra a liberdade individual*. Milton Friedman é muito claro: ‘a este nível, a igualdade entra vivamente em conflito com a liberdade.’ E ele escolhe a liberdade, confiando em que esta assegure o maior grau de igualdade possível. Porque, segundo ele, ‘uma sociedade que põe a igualdade – no sentido de igualdade de resultados – à frente da liberdade acabará por não ter nem igualdade nem liberdade. (...) Por outro lado, uma sociedade que põe a liberdade em primeiro lugar acabará por ter, como feliz subproduto, mais liberdade e mais igualdade’⁴¹³. (grifo no original)

Os homens são desiguais entre si sobre isso não há divergências. Mas adotar a plena liberdade como fator de igualdade é uma falácia. Realmente, o egoísmo humano numa sociedade livre – própria do Estado Liberal - gerou ainda mais desigualdades entre os homens. Dessa forma, foi preciso superar a fraternidade nos moldes franceses – vista como a prática individualizada da caridade ou filantropia – criando-se “políticas concretas indispensáveis à construção e à conceituação de políticas sociais”, voltadas para prestigiar um novo discurso de solidariedade, onde se reconhece que a desigualdade é uma característica social, não meramente individual⁴¹⁴.

O final do século XIX e início do século XX foram de fundamental importância para o desenvolvimento do discurso solidarista, em função de que novos grupos estavam

⁴¹² *Op. Cit.*

⁴¹³ *Idem*. Págs. 5989/5990

⁴¹⁴ *Op. Cit.*

se constituindo, e novas formas de solidariedade se compunham. Nessa toada, Maria Celina Bodin de Moraes afirma:

Se o século XIX foi, reconhecidamente, o século do triunfo do individualismo, da explosão de confiança e orgulho na potência do indivíduo, em sua criatividade intelectual e em seu esforço particular, o século XX presenciou o início de um tipo completamente novo de relacionamento entre as pessoas, baseado na solidariedade social⁴¹⁵.

As Revoluções, a Segunda Guerra Mundial, a transformação da lógica assistencialista (que quando não pôde mais ser reconduzida às formas originárias de caridade e beneficência, foi atribuída ao Estado, onde este deveria garantir as necessidades do trabalhador, como, por exemplo, fazê-lo beneficiário da previdência social), foram, dentre outros, os diversos acontecimentos que ocasionaram o surgimento de um novo tipo de relação entre as pessoas, a qual se baseia na solidariedade social⁴¹⁶.

Nesse contexto, onde aparecem o Estado e a própria sociedade intervindo para buscar a justiça social, “a solidariedade começa seu processo de aproximação com o direito, que irá culminar com a sua consagração como princípio constitucional”, tanto no Brasil como no estrangeiro, servindo de base aos direitos fundamentais de terceira geração⁴¹⁷.

Há também a noção de solidariedade como meio de transformação social. Esse é o significado de solidariedade que interessa a este trabalho. Por ele modifica-se bastante, logicamente, o dia-a-dia de toda a coletividade e o seu futuro, uma vez que, tendo como foco a solidariedade, cada pessoa agirá pensando no seu próximo, e não somente em si mesma. Neste sentido, Léon Duguit afirma:

Fundando-se o direito objetivo na solidariedade social, o direito subjetivo daí deriva, direta e logicamente. (...) O homem que vive em sociedade tem direitos; mas estes direitos não são prerrogativas que lhe pertençam na sua qualidade de homem; são poderes que lhe pertencem porque, sendo homem social, tem um dever a cumprir e

⁴¹⁵MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil- constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Pág. 167/168.

⁴¹⁶ *Op. Cit.*

⁴¹⁷ FERREIRA, Emanuel de Melo. **A evolução da solidariedade: das sociedades clássicas à principiologia constitucional**. In: Encontro do CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza: CONPEDI, 2010.

deve ter o poder de cumprir tal dever. Vê-se como se está longe da concepção do direito individual⁴¹⁸.

Ademais, o princípio constitucional da solidariedade está intimamente ligado aos direitos humanos, que por sua vez, surgiram como produto da fusão de várias fontes que se encontravam no ponto fundamental comum da necessidade de organizar o Estado e limitar o poder estatal⁴¹⁹.

A solidariedade como meio de transformação social e de promoção da pessoa humana está em harmonia com diversas tarefas e objetivos tais como “da justiça, equidade, equilíbrio de interesses, segurança jurídica, força normativa da Constituição, proteção efetiva da liberdade, igualdade social e ordem pública voltada para o bem comum”⁴²⁰. As tarefas e objetivos supramencionados dependem da solidariedade de cada indivíduo para que a sociedade em geral evolua, desenvolvendo-se cada vez mais, tanto no sentido ético, quanto cultural, administrativo, jurídico, social, econômico, político e até mesmo ambiental.

No que diz respeito à paz social, é possível gerar um bem coletivo e de total respeito aos direitos individuais a partir da conscientização e da ação racional de cada pessoa, de cada cidadão, havendo uma melhor compreensão do conceito real de “humanidade” e até mesmo da efetivação da solidariedade inserida no cotidiano de cada indivíduo. E é justamente nesta linha de raciocínio que John Locke refere-se ao “pacto social”, o qual é firmado por cada indivíduo de uma sociedade, em que um não violaria os direitos do outro, tão pouco deixaria de exercer seus deveres. Nesse sentido, afirma:

nascemos livres na mesma medida em que nascemos racionais. Os homens, por conseguinte, seriam iguais, independentes e governados pela razão. O estado natural seria a condição na qual o poder executivo da lei da natureza permanece exclusivamente nas mãos dos indivíduos, sem se tornar comunal. Todos os homens participariam dessa sociedade singular que é a humanidade ligando-se pelo liame comum da razão. No estado natural todos os homens teriam o destino de preservar a paz e a humanidade e evitar ferir os direitos dos outros. [...] Justamente para evitar a concretização dessas ameaças, o homem teria abandonado o estado natural e criado a sociedade política, através

⁴¹⁸ DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Tradução de Eduardo Salgueiro. Porto Alegre: SAFE, 2005. Pág. 25.

⁴¹⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

⁴²⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil- constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Págs. 22/23.

de um trato, não entre governantes e governados, mas entre homens igualmente livres. O pacto social não criaria nenhum direito novo, que viesse a ser acrescentado aos direitos naturais. O pacto seria apenas um acordo entre indivíduos, reunidos para empregar sua força coletiva na execução das leis naturais, renunciando a executá-las pelas mãos de cada um. Seu objetivo seria a preservação da vida, da liberdade e da propriedade, bem como a repressão às violações desses direitos naturais⁴²¹.

Logo, uma vez que o princípio da solidariedade é a expressão mais profunda da sociabilidade que caracteriza a pessoa humana, todos nós devemos persistir na idéia de que cada um pode contribuir para o desenvolvimento de uma sociedade mais igualitária. A prática solidária, além de ser eficaz para atenuar o sofrimento do indivíduo, também proporciona uma maior união e qualidade de vida a todos⁴²². A partir da iniciativa de cada um, voltada aos ideais garantidores da promoção da pessoa humana, teremos mais perspectiva de vida, um meio ambiente mais sadio, direitos efetivamente protegidos, e, por conseguinte, uma “sociedade livre, justa e solidária”, conforme preconiza a Carta Magna, em seu art. 3º⁴²³.

Antes de se falar a cerca do princípio constitucional da solidariedade no Brasil, é necessário esclarecer o que vem a ser um princípio, e neste sentido Gomes Canotilho:

Princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; que por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz); são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito); são “standards” juridicamente vinculantes radicados nas exigências de “justiça” (Dworkin) ou na “idéia de direito” (Larenz); são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante⁴²⁴.

⁴²¹LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2004. Págs. 18/19.

⁴²²FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. Pág. 221.

⁴²³MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. Págs 167/190.

⁴²⁴CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. Págs. 1160/1161.

De fato, os princípios possuem uma posição fundamental no sistema jurídico e social, pois estão situados na linha condutora das demais normas e regras. São “premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos”⁴²⁵.

O princípio constitucional da solidariedade está intrínseca e extrinsecamente presente no texto da nossa Lei Maior, como, v.g., no Preâmbulo, que prioriza os “direitos sociais e individuais, a liberdade, a igualdade, uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”; no artigo 1º, III, que enfatiza um dos fundamentos do Estado: “a dignidade da pessoa humana” e também o citado art. 3º, I, que estabelece um dos objetivos fundamentais da República: “construir uma sociedade livre, justa e solidária”⁴²⁶.

Por óbvio percebe-se a interligação entre a dignidade da pessoa humana e a solidariedade, uma vez que todo indivíduo tem o direito a uma vida digna e, com esta dignidade, deve ser solidário com o seu próximo e com toda a coletividade⁴²⁷.

Deve-se conciliar a autonomia do direito dos diversos grupos existentes com a necessidade dos grupos que se relacionam entre si, havendo uma reconciliação entre eles, equilibrando seus direitos e deveres. E é com fulcro no elevado valor que a sociedade possui e sua ligação e dependência com o princípio constitucional da solidariedade que Léon Duguit argumenta:

O homem vive em sociedade e só pode viver em sociedade; a sociedade subsiste apenas pela solidariedade que une os indivíduos que a compõem. Por consequência, uma regra de conduta impõe-se ao homem social pela própria força das coisas, e essa regra pode

⁴²⁵MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais:** estudo analítico da situação e aplicação do Tratado na Ordem Jurídica Brasileira. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. Pág. 272.

⁴²⁶SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

⁴²⁷No Brasil a seguridade social é um bom exemplo de abrangência solidária voltada para a promoção da pessoa humana. Com efeito, o direito universal à saúde é direito que todos possuem e é dever do Estado garanti-lo; o mesmo ocorre com o regime geral da previdência social, o qual protege “todos” os trabalhadores, ainda que estes não queiram ou não saibam da respectiva proteção, e com a assistência social, que é prestada a quem dela comprovar real necessidade. E é neste sentido que Gilmar Mendes afirma: Iniciando pela seguridade social, como um todo, pode-se dizer que ela tem entre os seus principais fundamentos o princípio da solidariedade, na medida em que abrange um conjunto de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, com financiamento a cargo de toda a sociedade. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 4ed. São Paulo: Saraiva. 2009. Pág. 1418.

formular-se deste modo: nada fazer que atente contra a solidariedade social sob qualquer das suas duas formas e fazer tudo o que for de natureza a realizar e a desenvolver a solidariedade social mecânica e orgânica. Todo o direito objetivo se resume nesta fórmula, e a lei positiva, para ser legítima, deverá ser a expressão, o desenvolvimento ou a execução deste princípio. [...] a regra de direito é social pelo seu fundamento, no sentido de só existir porque os homens vivem em sociedade. A regra de direito é individual porque está contida nas consciências individuais. Repelimos todas as hipóteses de consciência social. A regra é individual também, porque só se aplica e só pode aplicar-se a indivíduos; uma regra de conduta só pode impor-se a seres dotados de consciência e de vontade; e até hoje não se demonstrou que outros seres, além do homem, tivessem consciência e vontade⁴²⁸.

Logo, um indivíduo não pode ser visto de maneira isolada, mas no quadro de solidariedade existente na sociedade. Contudo, até a promulgação da atual Constituição Federal, a única acepção jurídica do vocábulo solidariedade era “a que remontava ao *Corpus juris civilis*”⁴²⁹.

Deve ser registrado também que o Princípio da Solidariedade está estreitamente ligado ao Direito Econômico, pois, ele pode e deve ser invocado quando da elaboração das estratégias governamentais, do planejamento e das políticas econômicas dos Estados e quando da promoção do desenvolvimento econômico-social de regiões de Estados ou da Comunidade de Estados⁴³⁰.

A efetiva realização progressiva dos direitos econômicos, voltados à efetivação dos direitos sociais e culturais e demais direitos fundamentais, requer, dos Estados, meios ou mecanismos necessários à promoção e concretização de diversos direitos. Para tanto, faz-se necessário à criação de Fundos compensatórios⁴³¹⁴³².

⁴²⁸ DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Tradução de Eduardo Salgueiro. Porto Alegre: SAFE, 2005. Págs. 23/24.

⁴²⁹ PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento. **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

⁴³⁰ QUADROS, Fausto de. **Direito das comunidades européias e direito internacional público**: contributo para o estudo da natureza jurídica do direito comunitário europeu. Reimpressão. Lisboa: Coleção Teses, 1991.

⁴³¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Do direito econômico aos direitos econômicos, sociais e culturais. *In*: CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas (org.). **Desenvolvimento econômico e intervenção do estado na ordem constitucional**: estudos jurídicos em homenagem ao professor Washington Peluso Albino de Souza. São Paulo: Malheiros, 2000.

⁴³² Estes Fundos captam recursos que são gerados do quadro de atividades de produção, serviços e de consumo nos territórios dos Estados-membros (no caso da União Europeia e de uma Federação) ou em regiões mais desenvolvidas (no interior dos próprios Estados), para assim implementarem políticas que venham a contribuir, em conjunto, para suportar o custo das ações comunitárias, independentemente dos

Neste aspecto, surgem outros princípios, tais como o da Coesão Econômica e Social que auxilia a devida aplicação do princípio da Solidariedade para reforçar, justificar, fundamentar e garantir a estabilidade de uma Federação ou da União Européia e favorecer e inserção dos estados-membros no desenvolvimento da Comunidade de Estados⁴³³.

No caso brasileiro, a Constituição institui mecanismos para o financiamento e estabelecimento de programas que visam atender às regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, consideradas menos desenvolvidas do País e que necessitam políticas de incentivos, em especial, no setor produtivo e a efetiva inserção dos seus respectivos Estados na Federação, de modo cooperativo⁴³⁴.

Para a implementação de políticas públicas de desenvolvimento econômico e social a região Nordeste contava com diversos programas de financiamento aos setores produtivos, em consonância com o Plano Regional de Desenvolvimento – PRD; onde, os recursos eram oferecidos, a longo prazo, para a promoção e o desenvolvimento regional⁴³⁵.

Entretanto, apesar dos mecanismos citados, no Brasil ainda existem poucos programas e efetivas ações governamentais objetivando a efetiva aplicação da Solidariedade, pois, ao que tudo indica falta interesse político⁴³⁶ para a resolução dos efetivos problemas das desigualdades e desequilíbrios regionais.

benefícios que delas possam retirar. CAMPOS, João Mota de. **Direito comunitário: o ordenamento jurídico comunitário**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1997. v. 2.

⁴³³ QUADROS, Fausto de. **Direito das comunidades européias e direito internacional público: contributo para o estudo da natureza jurídica do direito comunitário europeu**. Reimpressão. Lisboa: Coleção Teses, 1991.

⁴³⁴ MOLL, Luíza Helena. **Externalidades e apropriação: projeções sobre o direito econômico na nova ordem mundial**. In: CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas (org.). **Desenvolvimento econômico e intervenção do estado na ordem constitucional: estudos jurídicos em homenagem ao professor Washington Peluso Albino de Souza**. São Paulo: Malheiros, 2000.

⁴³⁵ *Op. Cit.*

⁴³⁶ CASTRO, Paulo Rabello de. **O mito do Governo Grátis: o mal das políticas econômicas ilusórias e as lições de 13 países para o Brasil Mudar**. 1 ed. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2014.

CAPÍTULO V

CAPITALISMO SOLIDÁRIO NA ECONOMIA

Em razão de este trabalho apresentar uma proposta jurídica de Capitalismo Solidário, não se pode olvidar a teoria econômica de quase mesmo nome existente. Busca-se aqui apresentar o conceito de Economia Solidária enquanto um modo de produção alternativo ao capitalismo afirmado por Paul Singer. Para tanto, utilizar-se-á fundamentalmente de seu livro “Introdução à Economia Solidária”. Singer esclarece que “a economia solidária é outro modo de produção, cujos princípios básicos são a propriedade coletiva ou associada do capital e o direito à liberdade individual”⁴³⁷.

Antes de aprofundarmos na compreensão sobre a Economia Solidária singeriana, acredita-se ser necessário seguir nosso autor em seu texto no que tange à sua apresentação do cooperativismo. Isso porque, para Singer, foi justamente o cooperativismo que promoveu as bases materiais, organizacionais e valorativas da Economia Solidária. Ou seja, não só o cooperativismo teria trazido o arcabouço ideológico fundamental da “Economia Solidária” contemporânea, como também, seriam elas – cooperativas – o *locus* por excelência do desenvolvimento econômico-solidário, a organização produtiva e trabalhista fundamental para a realização da Economia Solidária.

De acordo com Paul Singer, pouco depois da Primeira Revolução Industrial e da Revolução Francesa, a situação de grande parte da população britânica era de empobrecimento e desemprego. Frente a tal situação Robert Owen, proprietário de um imenso complexo têxtil em New Lanark/Escócia apresentou um plano ao governo britânico em 1817, desejando que o fundo de sustento aos pobres fosse revertido para a compra de terras e construção de Aldeias Cooperativas, onde cerca de 1200 pessoas produziram sua própria subsistência e trocariam seus excedentes entre as Aldeias. Ademais:

Em vez de explorar plenamente os trabalhadores que empregava, Owen decidiu, ainda na primeira década do século XIX, limitar a jornada e proibir o emprego de crianças, para as quais ergueu

⁴³⁷ SINGER, Paul. **Introdução à Economia Solidária**. SP: Fundação Perseu Abramo, 2002. Pág. 10.

escolas. O tratamento generoso que Owen dava aos assalariados resultou em maior produtividade do trabalho, o que tornou sua empresa bastante lucrativa, apesar de gastar mais com a folha de pagamento⁴³⁸.

O que parecia ser um projeto para diminuir os gastos com os pobres mostrou-se ser uma coerente e praticável via para a melhoria da qualidade de vida dos trabalhadores dentro da organização produtiva capitalista.

Owen, o homem que conquistou o respeito dos empresários capitalistas por lucrar pagando melhor e dando atendimento a seus trabalhadores, limitando a jornada de trabalho e proibindo o emprego de crianças (colocando-as na escola), aprofundou e difundiu suas ideias socialistas ganhando adeptos pela Grã-Bretanha, EUA e todo o mundo. Owen lutou junto aos operários, foi um ativista do movimento trabalhista organizando e participando de várias investidas operárias visando sempre melhores condições de trabalho, assim como, em projetos alternativos de organização do trabalho, dentre eles, as cooperativas.

De forma geral, cooperativas são organizações onde um determinado número de pessoas se une buscando fins comuns a partir de um conjunto de regras pré-estabelecidas por esse grupo. A ideia base desses empreendimentos é conseguir força e competência para superar em conjunto o que individualmente seria muito difícil⁴³⁹.

Singer destaca que inicialmente, o cooperativismo se desenvolveu e se diversificou atrelado diretamente à luta dos trabalhadores da época de 1830. Funcionando como programa organizacional do trabalho visando melhores condições de vida dos trabalhadores e emancipação humana. Eram as chamadas “cooperativas operárias” ou “cooperativas owenistas” ou então “cooperativas revolucionárias”. Aqui, as cooperativas são tidas como instrumento de transformação social e não meramente como mecanismos de sobrevivência imediata⁴⁴⁰.

⁴³⁸ *Op. Cit.* Págs. 24/25.

⁴³⁹ *Idem.*

⁴⁴⁰ *Idem.*

No entanto, posteriormente, montaram-se estruturas cooperativas que buscavam simplesmente melhores condições de competitividade para pequenos proprietários em conjunto. Na verdade, atualmente, muitas são as organizações que se autodenominam cooperativas, porém, estas têm cunho estritamente capitalista, isto é, são guiadas pela máxima lucratividade possível mesmo que em detrimento da qualidade de vida dos trabalhadores. Para o autor em questão, as cooperativas de produção têm:

o caráter de antítese da empresa capitalista e a vocação de constituir um modo de produção alternativo ao capitalismo, e não meramente intersticial. E explicam provavelmente porque a quantidade de cooperativas de produção existentes nos diversos países e sua expressão econômica são incomparavelmente menores do que as dos outros tipos de cooperativa⁴⁴¹.

A grande via de formação das cooperativas de produção é a transformação de indústrias e empresas capitalistas que se encontram em bancarrota. Assim, aproveita-se a estrutura da empresa decadente transferindo sua posse e seu controle para os antigos trabalhadores desta, tornando-os sócios proprietários e não mais operários⁴⁴².

Como vimos, para nosso autor, a partir de 1820 tem-se a inauguração de várias cooperativas pela Europa e EUA. Tais cooperativas estiveram fortemente presentes no movimento operário dos anos trinta do século XIX que assolaram a Inglaterra. “Eis que o cooperativismo, em seu berço ainda, já se arvorava como modo de produção alternativo ao capitalismo”⁴⁴³.

Desse modo, Paul Singer, em determinado momento de seu discurso, apresentar a Economia Solidária não apenas como um simples mecanismo inibidor de mazelas sócio-econômicas através da criação e/ou manutenção de postos de trabalho, mas sim, como uma forma alternativa de modo de produção⁴⁴⁴.

⁴⁴¹ *Idem.* Pág. 90.

⁴⁴² *Idem.*

⁴⁴³ *Op. Cit.* Pág. 33.

⁴⁴⁴ *Op. Cit.*

A economia solidária é outro modo de produção, cujos princípios básicos são a propriedade coletiva ou associada do capital e o direito à liberdade individual. A aplicação desses princípios une todos os que produzem numa única classe de trabalhadores que são possuidores de capital por igual em cada cooperativa ou sociedade econômica. O resultado natural é a solidariedade e a igualdade⁴⁴⁵.

Basicamente, os argumentos singerianos que fundamentam a concepção de que a ES é um “modo de produção alternativo”, diferenciado, específico, ao capitalismo se encontram alocados nas ideias de que:

1) A relação entre capital e trabalho mudaria radicalmente na economia solidária quando comparada ao capitalismo. Nas palavras do autor:

A empresa solidária nega a separação entre trabalho e posse dos meios de produção, que é reconhecidamente a base do capitalismo. [...] O capital da empresa solidária é possuído pelos que nela trabalham e apenas por eles. Trabalho e capital estão fundidos porque todos os que trabalham são proprietários da empresa e não há proprietários que não trabalhem na empresa. E a propriedade da empresa é dividida por igual entre todos os trabalhadores, para que todos tenham o mesmo poder de decisão sobre ela⁴⁴⁶.

Assim, com a liquidação da propriedade privada dos meios de produção e com a fusão entre capital e trabalho se encerraria, teoricamente para o autor, a clássica divisão entre classe trabalhadora e classe burguesa, ou ainda, entre proletários e proprietários.

2) Em uma cooperativa onde os proprietários são todos trabalhadores e os trabalhadores são todos proprietários, organizados de forma *autogestionária* e imbuídos pela solidariedade, haveria, necessariamente na interpretação de Singer, o fim da hierarquia burocrática sistematizada pelo capitalismo industrial. Em seu lugar teríamos um quadro que fomentaria a participação, a democracia e a igualdade dentro da estrutura produtiva⁴⁴⁷.

⁴⁴⁵ *Idem* Pág. 10.

⁴⁴⁶ *Idem*. Pág. 83.

⁴⁴⁷ *Op. Cit.*

A solidariedade na economia só pode se realizar se ela for organizada igualmente pelos que se associam para produzir, comerciar, consumir ou poupar. A chave dessa proposta é a associação entre iguais em vez do contrato entre desiguais. Na cooperativa de produção, protótipo da empresa solidária, todos os sócios têm a mesma parcela de capital e, por decorrência, o mesmo direito de voto em todas as decisões. Este é o seu princípio básico. Se a cooperativa precisa de diretores, estes são eleitos por todos os sócios e são responsáveis perante eles. Ninguém manda em ninguém. E não há competição entre os sócios: se a cooperativa progredir, acumular capital, todos ganham por igual⁴⁴⁸.

3) Finalmente, o outro diferencial entre a “Economia Solidária” e os empreendimentos capitalistas em geral seria a maneira de se lidar com o lucro. Paul Singer alega que, diferentemente das empresas capitalistas convencionais, o objetivo das cooperativas e empreendimentos solidários não é a busca pela maximização do lucro. Afirma o autor:

O objetivo máximo dos sócios da empresa solidária é promover a economia solidária tanto para dar trabalho e renda a quem precisa como para difundir no país (ou no mundo) um modo democrático e igualitário de organizar atividades econômicas⁴⁴⁹.

Mais que isso, para Singer, não só a Economia Solidária não tem a maximização do lucro como meta, como também, nestes empreendimentos se constataria a ausência do lucro. Vejamos como o autor explica isto:

Na realidade, na empresa solidária não há lucro, porque nenhuma parte de sua receita é distribuída em proporção às cotas de capital. [...] O excedente anual – chamado “sobras” nas cooperativas – tem a sua destinação decidida pelos trabalhadores. Uma parte, em geral, destina-se ao reinvestimento e pode ser colocada num fundo “indivisível”, que não pertence aos sócios individualmente mas apenas ao coletivo deles. Outra parte, também reinvestida, pode acrescer o valor das cotas dos sócios, que têm o direito de sacá-las quando se retiram da empresa. O restante das sobras é em geral destinado a um fundo de educação, a outros fundos “sociais” (de cultura, de saúde etc.) e eventualmente à divisão entre os sócios, por critérios aprovados por eles. Portanto, o

⁴⁴⁸ *Op. Cit* Pág. 9.

⁴⁴⁹ *Idem.* Pág. 16

capital da empresa solidária não é remunerado, sob qualquer pretexto, e por isso não há ‘lucro’⁴⁵⁰.

Singer não para por aqui, além de fazer questão de dizer que a Economia Solidária é outro modo de produção, o autor afirma que ela não é pura e simplesmente um modelo utópico. Muito pelo contrário, a economia solidária seria, nesta visão, um movimento socioeconômico real antes mesmo de se tornar lócus de qualquer aposta ideológica, política ou filosófica. Afirma o autor:

A economia solidária não é a criação intelectual de alguém, embora os grandes autores socialistas denominados “utópicos” da primeira metade do século XX (Owen, Fourier, Buchez, Proudhon etc.) tenham dado contribuições decisivas ao seu desenvolvimento. A economia solidária é uma criação em processo contínuo de trabalhadores em luta contra o capitalismo. Como tal, ela não poderia preceder o capitalismo industrial, mas o acompanha como uma sombra, em toda sua evolução⁴⁵¹.

A aparente sustentação dessa afirmação pode ser encontrada no próprio entendimento singeriano quanto ao funcionamento do capitalismo. Para Singer:

A economia solidária constitui um modo de produção que, ao lado de diversos outros modos de produção – o capitalismo, a pequena produção de mercadorias, a produção estatal de bens e serviços, a produção privada sem fins de lucro –, compõe a formação social capitalista, que é capitalista porque o capitalismo não só é o maior dos modos de produção, mas molda a superestrutura legal e institucional de acordo com os seus valores e interesses. (...) Mesmo sendo hegemônico, o capitalismo não impede o desenvolvimento de outros modos de produção, porque é incapaz de inserir dentro de si toda população economicamente ativa. A economia solidária cresce em função das crises sociais que a competição cega dos capitais privados ocasiona periodicamente em cada país⁴⁵².

Assim, dentro do modo de produção capitalista haveria espaços e oportunidades concretas para a implementação de outras formas organizacionais em seu bojo. A Economia Solidária seria uma dessas formas que estaria se desenvolvendo⁴⁵³.

⁴⁵⁰ *Op. Cit.* Pág. 84.

⁴⁵¹ *Op. Cit.* Pág. 13.

⁴⁵² *Idem.* Págs. 86/87.

⁴⁵³ *Idem.*

Se for verdade que Singer, em determinado momento de seu entendimento, concebe a “Economia Solidária” como um movimento caracteristicamente revolucionário, é igualmente verdadeiro que grande parte dessa potencialidade transformadora se deve à aposta singeriana na “autogestão”, que para essa teoria nada mais é do que a existência de democracia decisória e participativa dentro das cooperativas solidárias⁴⁵⁴.

Pois bem, Não cabem aqui maiores considerações sobre esse tema. O que importa é registrar os vínculos teóricos construídos por Singer no que toca à “Economia Solidária”. Até porque, a proposta de Capitalismo Solidário a ser desenvolvida no próximo capítulo não se aproxima em nada da visão do autor ora examinado.

⁴⁵⁴ *Op. Cit.*

CAPÍTULO VI

NEOLIBERALISMO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: O CAPITALISMO SOLIDÁRIO

6.1. O CAPITALISMO COMO O MODELO ECONOMICO DE ESTADO

Antes de adentrar-se a proposta de Estado social objeto desse trabalho, resta necessária uma última observação, que diz respeito ao Capitalismo, não propriamente como teoria econômica, mas como ideologia político-econômica estatal. Isso é: como modelo de Estado.

Embora o mundo se encontre em um Estado Neoliberal, isso não impede que se pense em um *Welfare State* aplicável hodiernamente. Basta recordar que na França, pós-Revolução, o modelo que imperava era o Liberalismo, e, no entanto, houve diversas políticas públicas em favor do social.

No início do século XIX, anos 1800/1804, Chaptal, Ministro do Interior de Napoleão Bonaparte, em “Algumas reflexões sobre a indústria”, defende que o estado não deveria omitir-se a comandar a política industrial, protegendo-a e encorajando-a, criando as condições ao desenvolvimento, mas, ao mesmo tempo, teria que convencer o patronato que suas funções seriam de interesse nacional, portanto, assumiriam também uma função pública⁴⁵⁵.

Chaptal desenvolveu ideias novas à época, de que o Estado, ao contrário do pensamento liberal de Adam Smith, deveria incentivar a industrialização desenvolvendo um dispositivo de segurança, através da garantia da propriedade empresarial, segurança pública, realocização espacial das empresas e dos trabalhadores, estes, encorajados para o trabalho assalariado e para a formação, sob controle estatal, das caixas de pecúlios e de poupança. É nesse sentido que a gênese da economia social apresenta-se no início do século XIX na França, em pleno auge do Liberalismo⁴⁵⁶.

⁴⁵⁵EWALD, François. *L'Etat providence*, Paris: Grasset. 1983.

⁴⁵⁶ *Op. Cit.*

Pois bem, não se busca aqui ir de encontro ao Capitalismo, até porque sua alternativa conhecida efetivamente posta em prática, o Socialismo/Comunismo, já se mostrou economicamente insustentável.

Quando se fala em Capitalismo *versus* Socialismo/Comunismo, o que vem à tona é a questão da propriedade dos meios de produção. Entretanto, existem diversos outros fatores extremamente relevantes quando se trata dessa distinção.

O principal é a liberdade. Enquanto no Capitalismo há livre iniciativa, no Socialismo/Comunismo há planificação econômica. No Capitalismo o próprio cidadão possui ampla liberdade, de pensamento, de manifestação, de religião etc. enquanto que no Comunismo há um controle estatal sobre o ser humano. Isso ocorre porque no Comunismo o modelo de Estado é, em regra, ditatorial. Enquanto que o Capitalismo comporta perfeitamente o Estado democrático⁴⁵⁷.

Outra diferença importante, diz respeito à concorrência e a diversidade de bens de consumo disponíveis em cada regime. Outra questão, diretamente relacionada à liberdade é a transparência. Nos Estados Capitalistas é muito mais fácil se controlar os gastos públicos. Já no Comunismo há um excesso de burocracia e uma falta de acesso aos dados arrecadatórios das finanças públicas, o que favorece a corrupção⁴⁵⁸. Ademais, as experiências comunistas mostraram que mais cedo ou mais tarde os Estados que aderem à teoria acabam entrando em colapso econômico.

Enquanto nos países capitalistas o Estado detém o poder político e a iniciativa privada o econômico, nos comunistas o Estado detém ambos. E nesse último, não há verdadeira separação de poderes. Nesse contexto, Helgis Torres Cristófaros comenta que:

⁴⁵⁷ CRISTÓFARO, Helgis Torres. **O Trabalho como Categoria em Economia Política**. Dissertação de Mestrado - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo: USP. 2016.

⁴⁵⁸ CASTRO, Paulo Rabello de. **O mito do Governo Grátis: o mal das políticas econômicas ilusórias e as lições de 13 países para o Brasil Mudar**. 1 ed. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2014.

No entanto, todas as tradições marxistas foram seguidamente enfraquecidas ao longo do século XX, tanto na prática quanto na teoria, a ponto de quase completa extinção das perspectivas revolucionárias. Da perspectiva prática todas as experiências revolucionárias de base marxista ou se desviaram para regimes totalitários com base em partido único levando ao surgimento de uma classe privilegiada de burocratas e dirigentes, como nos casos da União Soviética, da Alemanha Oriental e da China comunista, ou foram absorvidas pelas mutações do capitalismo como nos casos dos socialismos no Canadá e na Inglaterra, das sociais democracias europeias e de movimentos autonomistas como na Itália, na França e na Alemanha⁴⁵⁹.

Nessa esteira, tem-se que o capitalismo é o único modelo conhecido economicamente viável a longo prazo, o que pela ótica da liberdade é extremamente positivo. Contudo, nada impede que se busque melhorá-lo⁴⁶⁰. Nesse momento vale citar o economista francês Thomas Piketty, que em suas obras “O Capital” e “A Economia da Desigualdade” expõe justamente que o modelo capitalista é o único conhecido que se mostrou economicamente viável⁴⁶¹.

Entretanto, ao invés do capitalismo selvagem e irrefreável próprio do Estado Liberal Clássico, deve ser buscado um modelo de crescimento econômico sustentável, que respeite e valorize o ser humano, diminua as desigualdades e homenageie e implemente os direitos sociais. Nesse cenário, passa-se ao desenvolvimento da proposta de Capitalismo Solidário.

6.2. O SETOR PETROLÍFERO BRASILEIRO: UM MODELO A SER SEGUIDO

O setor petrolífero nacional, com a regulação atual se mostra um grande parceiro para a instituição das políticas públicas relativas à ordem social. Pois que, como se abordará nesse momento diversos institutos da regulação do setor atuam como forma de transferência de renda. Nesse sentido, podemos citar a Cláusula de Conteúdo Local, a

⁴⁵⁹ CRISTÓFARO, Helgis Torres. **O Trabalho como Categoria em Economia Política**. Dissertação de Mestrado - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo: USP. 2016. Pág. 77.

⁴⁶⁰ PIKETTY, Thomas. **A Economia da Desigualdade**. Trad. André Telles, 1 ed. Rio de Janeiro: intrínseca: 2015.

⁴⁶¹ PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI**. Trad. André Telles, 1 ed. Rio de Janeiro: intrínseca: 2016.

obrigatoriedade de investimento em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D) e, com o advento do regime de Partilha, a criação do Fundo Social (FS)⁴⁶².

Como se verá mais adiante, entre os objetivos do Fundo está a construção de uma poupança pública de longo prazo com base nas receitas auferidas pela União; oferecer fonte regular de recursos para o desenvolvimento social e regional.

Com o advento da Lei do Petróleo e flexibilização do monopólio exercido pela União no setor petrolífero nacional, foi instituído no país, por uma opção legislativa, o Regime de Concessão de blocos exploratórios, para a delegação às International Oil Company (IOCs) ou National Oil Companies (NOCs) o exercício das atividades descritas no art. 177 da CRFB/88⁴⁶³.

Em linhas gerais, o Regime de Concessão, conhecido internacionalmente como *Royalty & Tax System*, outorga às empresas petrolíferas, sejam International Oil Company (IOCs) ou National Oil Companies (NOCs), o direito de realizar as atividades de Exploração e Produção (E&P) em uma área estipulada pelo Estado hospedeiro, por um tempo contratualmente estabelecido, e por sua conta e risco. Em caso de descoberta comerciável, a concessionária adquire a propriedade do óleo extraído, bastando apenas compensar o Estado com os devidos pagamentos⁴⁶⁴.

O contrato de Concessão, internacionalmente falando, possui natureza sinalagmática sendo, em regra⁴⁶⁵, ajustado entre duas partes: o contratante, que pode ser algum órgão do Executivo Federal ou então um ente da administração indireta dedicado a este fim, e o contratado (denominado de concessionário), que pode ser uma única companhia petrolífera ou um consórcio formado por duas ou mais empresas.

⁴⁶² Tratar de todas as especificidades da regulação do setor petrolífero brasileiro mereceria um estudo próprio, por isso, aqui será abordado apenas o que se relaciona com o presente trabalho.

⁴⁶³ RIBEIRO, Elaine. **Direito do Petróleo, gás e energia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

⁴⁶⁴ TOLMASQUIM, Maurício Tiomno e PINTO JUNIOR, Helder Queiroz. **Marcos regulatórios da Indústria Mundial do Petróleo**. Rio de Janeiro: Synergia, 2011.

⁴⁶⁵ Embora o Contrato de Concessão seja, em regra, firmado apenas entre duas partes (Estado e IOCs/NOCs) nada impede que o órgão de controle e fiscalização Estatal faça parte do contrato como interveniente anuente, como ocorre no caso da Partilha no Brasil.

Nesse sentido, vale dizer que no caso brasileiro, a Lei do Petróleo e a Lei de Concessões (Lei nº 8.987/95) inovaram em relação à Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93) ao admitir a participação nos certames sob a forma de consórcio.

No Regime de Concessão, a propriedade do óleo e gás enquanto não extraídos do subsolo é do Estado, com exceção dos Estados Unidos da América (EUA) onde a propriedade é do dono da Terra, sendo que uma vez realizada a produção do petróleo, o há uma ficção jurídica que o transforma em produto de propriedade do concessionário. Em geral, contando com a fase de exploração, o prazo de um Contrato de Concessão ou de uma Licença dura de trinta a quarenta anos⁴⁶⁶.

O regime de concessão para exploração de óleo e gás é marco regulatório mais antigo em uso no mundo, por ser simples, se comparado a Partilha, e tradicionalmente bastante favorável à iniciativa privada. Tendo sido o primeiro modelo regulatório adotado fora dos EUA, principalmente pelas IOCs americanas e europeias em suas primeiras avanços no Oriente Médio⁴⁶⁷. Na sua configuração mais tradicional, o regime de concessão envolvia características bastante favoráveis à iniciativa privada, tais como:

- a) Extensas áreas, muitas vezes envolvendo grande parte do Estado concedente;
- b) Longos prazos de duração, como 40,60 ou até 99 anos;
- c) Nenhuma participação do Estado na administração da atividade;
- d) Royalties pagos em valores fixos por volume de produção;
- e) Concessão de direitos exclusivos sobre todas as atividades de indústria do petróleo (exploração, produção, transporte, refino,comercialização etc..);
- f) Manutenção das condições iniciais por toda a duração do contrato⁴⁶⁸.

Em razão disso, muitos Estados Hospedeiros passaram a adotar novas formas de participação de IOCs, chegando, em alguns casos, até mesmo à nacionalização dos ativos e o exercício direto do monopólio.

⁴⁶⁶ TOLMASQUIM, Maurício Tiomno e PINTO JUNIOR, Helder Queiroz. **Marcos regulatórios da Indústria Mundial do Petróleo**. Rio de Janeiro: Synergia, 2011.

⁴⁶⁷ Dentre os primeiros Contratos Firmados entre IOCs e Governos do Oriente Médio vale destacar: Pérsia (1901), Arábia Saudita (1923), Iraque e Barein (1925) e Kuwait (1934).

⁴⁶⁸ WATT NETO, Artur. **Petróleo, Gás Natural e Bicomcombustíveis**: Doutrina, Jurisprudência e Legislação. Ed Saraiva, São Paulo: 2014 (Coleção Direito Econômico), Pág. 39

Nos países em que se decidiu pela manutenção dos regimes de concessão, os termos financeiros dos contratos em vigor foram renegociados, sendo criados mecanismos para um maior controle e participação do Estado nas atividades de E&P, denominados de concessões modernas. Nesse contexto, o modelo de concessão moderna brasileiro, criado a partir de 1995 para substituir o modelo de monopólio exercido com exclusividade por empresa estatal, vigente até aquele momento, ganhou destaque no cenário internacional⁴⁶⁹. As principais características das concessões modernas, especialmente no que diferem do modelo tradicional, são:

- a) Responsabilidade e risco permanecem com o concessionário, mas o Poder Público passa a controlar mais de perto o desenvolvimento das atividades através de notificação ou aprovação prévia das principais decisões de investimento;
- b) Estabelecimento de obrigações de investimento, cujo cumprimento é fiscalizado pelo Estado;
- c) Prazos de concessão mais curtos, e marcados por um ponto de tomada de decisão após a campanha exploratória no qual o concessionário decide se vai devolver a área contratada ou se vai se comprometer a desenvolver a produção;
- d) Estratégia mais elaborada de remuneração do Estado, envolvendo não só percentual da produção, mas também fórmulas progressivas que levam em conta o volume da produção, lucro do empreendimento e taxa interna de retorno do projeto; e
- e) Estabelecimento de obrigações acessórias, tais como a restauração ambiental, transferência de tecnologia para a companhia estatal, participação em projetos, contratação de mão de obra e insumos locais e cessão de dados geofísicos⁴⁷⁰.

Em comparação com o regime de partilha as concessões apresentam uma vantagem bem significativa para as IOCs, que a possibilidade de registrar como ativo em seus balanços financeiros a totalidade das reservas provadas. Em geral, contando com a fase de exploração, o prazo de um Contrato de Concessão ou de uma Licença dura de trinta a quarenta anos⁴⁷¹.

Como mencionado acima, o outro regime internacionalmente conhecido é o de Partilha de Produção. A primeira aplicação do regime de partilha a atividade de

⁴⁶⁹ *Op. Cit.*

⁴⁷⁰ *Op. Cit.* Pág. 39/40

⁴⁷¹ TOLMASQUIM, Maurício Tiomno e PINTO JUNIOR, Helder Queiroz. **Marcos regulatórios da Indústria Mundial do Petróleo**. Rio de Janeiro: Synergia, 2011.

Exploração e Produção (E&P) remonta à Venezuela que o adotou na década de 1940. Tal modelo foi concebido como sendo uma resposta nacionalista ao modelo até então utilizado, qual seja, a concessão⁴⁷².

Historicamente percebe-se que esse tipo de contrato foi criado com a finalidade de atrair companhias de petróleo internacionais (*Internacional Oil Companies* - IOC) para os países que possuíam elevado risco jurídico-regulatório e político, isto é, instabilidade jurídica regulatória e democracia frágil, ou instabilidade do regime político⁴⁷³.

Pelo contrato de partilha de produção a propriedade do óleo não extraído é do Estado, em contraste com a propriedade exclusiva do concessionário, no caso da concessão⁴⁷⁴.

Tal modelo de produção tem por característica a partilha de investimentos, de modo que tanto o Estado hospedeiro quanto a empresa petrolífera, que realiza a exploração, devem investir na empreitada.

Nesse modelo o contratante é quem assume todos os custos e riscos da atividade de E&P, bem como é quem opera a exploração, não possuindo direito a qualquer indenização em face do Estado caso o campo não seja comerciável, diferentemente do que ocorre na concessão, a empresa/ consórcio realiza as atividades de E&P, entregando ao governo parte do óleo produzido na proporção estipulada no contrato de partilha da produção⁴⁷⁵.

A cerca da “divisão do óleo” o modelo de partilha trabalha com dois conceitos básicos, o *cost oil* e o *profit oil*. O primeiro, em tradução livre, significa óleo custo, ou seja, tendo em vista que é a realiza a produção dos campos petrolíferos, o *cost oil* seria a

⁴⁷² RIBEIRO, Elaine. **Direito do Petróleo, gás e energia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

⁴⁷³ TOLMASQUIM, Maurício Tiomno e PINTO JUNIOR, Helder Queiroz. **Marcos regulatórios da Indústria Mundial do Petróleo**. Rio de Janeiro: Synergia, 2011.

⁴⁷⁴ WATT NETO, Artur. **Petróleo, Gás Natural e B combustíveis**: Doutrina, Jurisprudência e Legislação.. Ed Saraiva, São Paulo: 2014 (Coleção Direito Econômico).

⁴⁷⁵ TOLMASQUIM, Maurício Tiomno e PINTO JUNIOR, Helder Queiroz. **Marcos regulatórios da Indústria Mundial do Petróleo**. Rio de Janeiro: Synergia, 2011.

parte do óleo não dividida, pois serve para a empresa cobrir os seus custos operacionais. O segundo em tradução livre significa “óleo lucro”, e seria o total de petróleo extraído menos o *cost oil*. O *proft oil* é dividido entre a empresa e o Estado na proporção estipulada no contrato⁴⁷⁶.

A parte da produção que cabe ao Estado será retirada, armazenada e comercializada por ele próprio, sendo que o Estado poderá se valer de uma empresa estatal para armazenar e comercializar seu óleo, ou até mesmo, contratar com a própria empresa que explora o campo petrolífero para gerir o óleo de sua propriedade.

DIREITO COMPARADO

Os contratos de partilha e produção, conhecidos pela sigla PSA, de seu nome em inglês (*Production Sharing Agreements*), são uma modalidade de contrato entre o Estado e uma ou mais companhias de E&P pelo qual o resultado da produção é compartilhado segundo os termos contratuais como já esmiuçado acima. Esse tipo de contrato foi introduzido, nos moldes atuais, na Indonésia em 1966 com os seguintes princípios:

- i) No momento de assinatura do contrato é acordado o percentual da divisão da produção (*proft oil*) entre o Estado e contratada, sendo estabelecido também o percentual limite a título de recuperação de custos (*cost oil*);
- ii) Após ter realizado todos os investimentos por sua conta e risco e alcançado o início da produção do campo, a empresa teria direito de receber parte do óleo produzido até o limite contratado, para recuperação dos custos incorridos (*cost oil*);
- iii) A produção restante é repartida in natura entre o Estado e a empresa na proporção estabelecida no contrato (*proft oil*).⁴⁷⁷

Pode-se dizer que em sua concepção original, o regime de partilha foi bem favorecido por investidores financeiros principalmente para mitigar riscos econômicos em países instáveis. A partilha in natura da produção com o Estado tinha como princípio básico que a parte que cabia a empresa poderia ser retirada do país sem maiores embaraços ou quaisquer empecilhos aduaneiros já que pelo que se acordava, neste regime,

⁴⁷⁶ RIBEIRO, Elaine. **Direito do Petróleo, gás e energia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

⁴⁷⁷ WATT NETO, Artur. **Petróleo, Gás Natural e B combustíveis**: Doutrina, Jurisprudência e Legislação.. Ed Saraiva, São Paulo: 2014 (Coleção Direito Econômico), pág. 42.

quaisquer participações, tributos, taxas ou contribuições estariam compreendidos na parcela do óleo atribuída ao Estado hospedeiro.

Interessante notar também que devido à instabilidade jurídica do país hospedeiro foi instituída contratualmente a arbitragem internacional, em cortes consideradas imparciais para resolução de eventuais conflitos entre o Estado e o contratado, o que junto com a característica anterior, permitiu que as IOCs (*International Oil Companies*) se protegessem contra eventuais alterações de regime, muito comuns em décadas anteriores.

Nota-se que devido a esta estabilidade e garantias ao contratado os PSAs se espalharam por países recém independentes ou politicamente instáveis, como por exemplo, os do norte da África, Oriente Médio e, mais recentemente, as ex Repúblicas Soviéticas.

Sob a ótica Estatal, tal modelo também demonstrou ser vantajoso, isso porque, lhe permite atrair investimento de outros modos considerados inviáveis e também lhe garante um maior controle sobre suas reservas bem como lhe dá a posse direta de quantidades significativamente altas de petróleo muitas vezes utilizadas para subsidiar a produção nacional de combustíveis ou, até mesmo, como forma de fortalecimento em negociações internacionais geopolíticas.

Um ponto negativo muito observado no direito comparado, em relação a esse modelo de E&P, diz respeito ao cômputo das reservas. Isso é, diferente do modelo de concessão, no modelo de partilha as IOCs só poderão como suas reservas, podendo lançá-las nos respectivos balanços patrimoniais, as parcelas que lhe cabem na divisão dos óleos, em que poderia tornar o modelo um pouco menos atrativo. Alguns contratos de partilha tentaram resolver este problema atribuindo natureza tributária a parcela governamental, ficando estabelecido assim que todo óleo produzido pertenceria às empresas, que deveriam entregar uma parcela ao governo a título de imposto⁴⁷⁸.

Contudo tal tentativa de neutralizar a problemática acaba por desvirtuar o contrato de partilha da produção, tendo em vista que, ao adotar esse sistema não haveria

⁴⁷⁸ RIBEIRO, Elaine. **Direito do Petróleo, gás e energia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

óleo sendo partilhado, mas tão somente as empresas o estariam usando para pagar seus tributos com o Estado.

Vale dizer que essa solução observada no direito comparado, não poderia de modo algum, ser adotada no Brasil, já que segundo o art. 3º do CTN⁴⁷⁹ o tributo deverá ser pago em moeda ou em valor que nela se possa exprimir, sendo vedado o pagamento de tributo in natura.

Voltando ao direito comparado, verifica-se diante das dificuldades que um Estado teria, enquanto pessoa jurídica de direito público, para armazenar e negociar diretamente o óleo, que é comum uma das duas soluções a seguir ser adotada:

i) A companhia de petróleo contratante se compromete a comprar a parcela do Estado por um preço fixado segundo critérios pré determinados; ou

ii) O Estado transfere seus direitos e é representado no negócio pela companhia Estatal de petróleo, numa combinação do regime de partilha da produção com o da exploração monopolística através de empresa estatal. Nesse cenário, essa estatal receberia a parte do Estado em dinheiro ou em espécie, hipótese em que ficaria responsável pela exportação, comercialização e até refino e venda de derivados.⁴⁸⁰

BRASIL

Inicialmente, vale dizer que a Lei nº 9.478/97 (Lei do Petróleo) estabelece como um dos princípios básicos da política energética pátria a busca por fontes de energia limpas ou alternativas.

Nesse cenário o Governo Federal passou a desenvolver ou financiar ainda que indiretamente diversos projetos nessa seara tais como o biodiesel, os parques eólicos do NE e o incentivo aos carros híbridos (elétricos).

⁴⁷⁹ Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

⁴⁸⁰ WATT NETO, Artur. **Petróleo, Gás Natural e Bicomcombustíveis**: Doutrina, Jurisprudência e Legislação.. Ed Saraiva, São Paulo: 2014 (Coleção Direito Econômico), pág. 43.

PRÉ-SAL E UM “NOVO REGIME”

Contudo, com a descoberta do pré-sal, o qual está ilustrado abaixo, o governo deixou os projetos ligados às energias alternativas um pouco de lado, priorizando políticas e investimentos ligados ao petróleo.

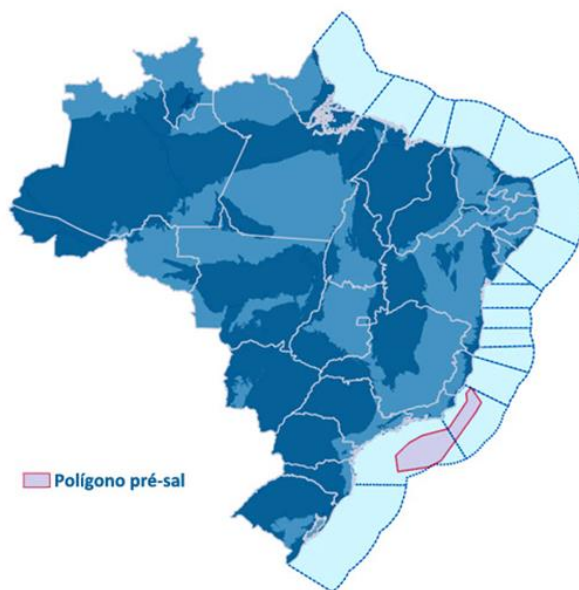


Figura 3: Polígono do pré-sal Fonte: ANP

Nesse contexto, muito se discutiu acerca da necessidade de se criar um novo regime de E&P para as concessões de áreas estratégicas⁴⁸¹, que pudesse conviver harmonicamente com o regime até então vigente (Concessão).

Assim, o modelo brasileiro de partilha da produção começou a ser pensado em 2008, logo após a descoberta do campo de Lula, na costa do Rio de Janeiro, para regulamentar a exploração em tais áreas estratégicas.

⁴⁸¹ Nesse sentido, vale dizer que a Lei nº 12.351/2010, não instituiu o modelo de partilha apenas para o pré-sal, mas, sim para ser utilizado em quaisquer áreas definidas pelo Governo Federal como sendo “estratégicas”, no tocante às atividades de E&P. Tal definição leva em consideração, principalmente o risco geológico da região, isto é, o risco de existir petróleo comerciável nos campos ali localizados, e as políticas e projetos de desenvolvimento nacional traçadas pelo Poder Executivo Federal. Assim, as áreas estratégicas são aquelas onde há, baixo risco exploratório e elevado potencial de produção.

Contudo, tal regime exploratório foi instituído no Brasil apenas em 2010, com o advento da Lei nº 12.351/2010, sendo que o primeiro leilão nessa modalidade ocorreu em 2013, em meio a muitas discussões acerca da inconstitucionalidade do novo regime, de quão atrativo para a indústria internacional do petróleo este modelo seria e quais benefícios tal mudança regulatória traria para o Brasil. Feitos esses esclarecimentos, traz-se à baila a parte da regulação petrolífera afeta ao presente estudo.

REMUNERAÇÕES ESTATAIS

Tendo em vista que, como dito acima, no modelo de Concessão o concessionário se torna proprietário exclusivo de todo o óleo e gás extraídos, nada mais natural do que os contratos de concessão trazerem diversas formas de contraprestação pecuniária devidas ao Estado Hospedeiro.

Assim, verifica-se no direito comparado que cabe aos concessionários o pagamento dos tributos incidentes sobre a renda (imposto de renda, contribuições e demais tributos específicos do país), os royalties que podem ser quitados em dinheiro (mais usual) ou mesmo em óleo/gás. Verifica-se, ainda no direito comparado, o pagamento pelo concessionário de bônus de assinatura, participações especiais e taxa por ocupação ou retenção de área⁴⁸².

TRIBUTAÇÃO

No que se refere à tributação convencional, há países que utilizam um sistema de tributação progressiva em caso de alta no valor do petróleo ou no volume de produção, quando o contrato de concessão não prevê uma taxa especial de retorno denominada *resource rent tax* para essas situações. No Brasil, bem como na maioria dos países, a *resource rent tax* existe e é chamada de participação especial, sendo que sua cobrança não afasta a incidência do imposto de renda o qual em tais casos, porém, possui alíquotas fixas, isto é, não progressivas⁴⁸³.

⁴⁸² As contraprestações pecuniárias no Brasil, denominadas de Participações Governamentais serão analisadas ao longo deste trabalho.

⁴⁸³ BNDES. **Relatório I - Regimes Jurídico-Regulatórios e Contratuais de E&P de Petróleo e Gás**

Os tributos propriamente ditos (imposto de renda, ICMS, contribuições e etc.) devem incidir no setor petrolífero, em princípio, com as mesmas alíquotas aplicáveis aos demais setores da economia do país, mas existem situações em que o Estado Hospedeiro trata o setor de modo diferenciado, como em caso de alto risco exploratório, onde o Estado poderá promover incentivo fiscal como meio de atrair IOCs para seu território, ou caso o valor do petróleo atinja um nível muito elevado, há tendência, por parte do Estado Hospedeiro, da adoção de um regime fiscal mais oneroso às IOCs⁴⁸⁴.

Acerca do imposto de renda, especificamente, verifica-se, no direito comparado, grande utilização do sistema denominado *ringfencing*⁴⁸⁵, segundo o qual não é permitida a utilização de custos incorridos em um determinado campo para fins de dedução de receitas em outro campo de produção.

Na visão de Carlos Jacques Vieira Gomes⁴⁸⁶, regras rigorosas de *ringfencing*, acabam estimulando fraudes tributárias, especialmente por meio de transferência de valores de atividades sujeitas a uma maior tributação para outras atividades sujeitas a menor tributação, que pode se dar de diversas formas, tais como superfaturamento de custos de transportes, adoção de contratos de *leasing* entre empresas do mesmo grupo econômico, ou mesmo imposição de taxas de administração.

O Brasil não adota o sistema de *ringfencing* para o imposto de renda, sendo possível, sob a ótica jurídica, a adoção de uma contribuição social sobre o lucro líquida (CSLL) mais rigorosa para o setor, o que, na prática, não é adotado pelo Governo pátrio⁴⁸⁷.

Natural2010. Disponível em: www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/.../bndes.../Relat_I-2de8.pdf
Acesso em: 29/08/2014.

⁴⁸⁴ *Op. Cit.*

⁴⁸⁵ Termo derivado de *Ring Fence* que significa definição dos limites dos campos exploratórios.

⁴⁸⁶ GOMES. Carlos Jacques Vieira, **Marco Regulatório da Prospecção de Petróleo No Brasil: O Regime de Concessão e o Contrato de Partilha de Produção**. Centro de Estudos da Consultoria do Senado Federal. Brasília, 2009.

⁴⁸⁷ *Op. Cit.*

Outro ponto a observado no direito comparado, é que muitos dos sistemas jurídicos dos países de origem das IOCs não aceitam deduzir, do pagamento de imposto de renda, os valores pagos por elas a título de *royalties* para o país hospedeiro⁴⁸⁸.

PARTICIPAÇÕES GOVERNAMENTAIS

Conforme estabelecido pela Lei do Petróleo⁴⁸⁹ e pelo Decreto nº 2.705/98, as Participações Governamentais chamadas internacionalmente de *government take*⁴⁹⁰, são valores pagos obrigatoriamente pelos concessionários à União ou ao proprietário do terreno⁴⁹¹, para que possam exercer as atividades de E&P.

A Lei do Petróleo estabelece em seu Art. 45 que as participações governamentais brasileiras são bônus de assinatura, *royalties*, participação especial e o pagamento pela ocupação ou retenção de áreas:

Art. 45. O contrato de concessão disporá sobre as seguintes participações governamentais, previstas no edital de licitação:

I - bônus de assinatura;

II - *royalties*;

III - participação especial;

IV - pagamento pela ocupação ou retenção de área.

§ 1º As participações governamentais constantes dos incisos II e IV serão obrigatórias.

BÔNUS DE ASSINATURA

O bônus de assinatura⁴⁹², internacionalmente utilizado no regime de concessão, corresponde ao valor ofertado pelo licitante em sua proposta para obtenção da concessão. É um dos critérios de escolha do vencedor, sendo necessário seu pagamento momentos antes da assinatura do contrato de concessão, o qual não será assinado em caso de não quitação prévia do bônus. Sua importância para o Estado Hospedeiro reside no fato de

⁴⁸⁸ *Op. Cit.*

⁴⁸⁹ A Lei nº 9.478/97 trata das Participações Governamentais em seus artigos 45 a 51.

⁴⁹⁰ Que em tradução livre significa parcela ou cota governamental.

⁴⁹¹ No caso de exploração *onshore*.

⁴⁹² O Bônus de Assinatura será mais bem detalhado no item 3.3.3.3. deste trabalho.

prover recursos ao Governo logo no início do projeto, independentemente da produtividade do campo⁴⁹³.

ROYALTIES

Inicialmente vale dizer que devido à redação do Art. 20, § 1º da CRFB/88⁴⁹⁴ há um debate na doutrina pátria acerca da natureza jurídica dos *royalties*, se seriam participação no resultado, ou compensação financeira. Contudo, esta divergência não será objeto de maiores comentários neste trabalho, que adotará com sua natureza jurídica a compensação financeira, na forma do Art. 11 do Decreto nº 2.705/98, *in verbis*:

Art 11. Os royalties previstos no inciso II do art. 45 da Lei nº 9.478, de 1997, constituem compensação financeira devida pelos concessionários de exploração e produção de petróleo ou gás natural, e serão pagos mensalmente, com relação a cada campo, a partir do mês em que ocorrer a respectiva data de início da produção, vedada quaisquer deduções.

Assim, os *royalties* podem ser definidos como compensação financeira devida pelos concessionários, que é paga mensalmente com relação a cada campo, a partir do mês em que ocorrer a respectiva data de início da produção, sendo distribuída entre a União, os Estados e os Municípios.

Uma vez que passa a auferir receitas advindas da produção de petróleo, a IOC/NOC se vê obrigada a pagar royalties proporcionais à renda bruta. Ou seja, ainda que o projeto não seja lucrativo para ela, será obrigada a remunerar o Estado Hospedeiro em razão de estar produzindo⁴⁹⁵.

⁴⁹³ TOLMASQUIM, Maurício Tiomno e PINTO JUNIOR, Helder Queiroz. **Marcos regulatórios da Indústria Mundial do Petróleo**. Rio de Janeiro: Synergia, 2011.

⁴⁹⁴ Art. 20. São bens da União:

(...)

§ 1º É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

⁴⁹⁵ TOLMASQUIM, Maurício Tiomno e PINTO JUNIOR, Helder Queiroz. **Marcos regulatórios da Indústria Mundial do Petróleo**. Rio de Janeiro: Synergia, 2011.

Tal forma de se calcular os *royalties* assegura uma receita mínima ao Estado Hospedeiro, muito próximo com o que acontece com o bônus de assinatura, tendo em vista que o concessionário poderá deixar de pagar qualquer valor a título de imposto de renda ou de participação especial, principalmente nas fases iniciais e finais do projeto. A porcentagem de *royalties* varia de acordo com a legislação de cada país, oscilando, geralmente entre 5 a 10% do volume produzido⁴⁹⁶.

Quanto à base de cálculo para a incidência dos *royalties*, é quase unânime no direito comparado, a utilização do cálculo do preço do petróleo com fulcro no seu valor de mercado, sendo comum a definição desse valor através de uma média obtida ao longo de certo período de tempo⁴⁹⁷.

PARTICIPAÇÃO ESPECIAL

Conforme dispõe o Art. 21 do Decreto nº 2.705/98, a participação especial constitui uma compensação financeira extraordinária devida pelos concessionários ao exercerem as atividades de E&P de petróleo ou gás natural, nos casos de grande volume de produção ou de grande rentabilidade desta. O cálculo da participação se dá por cada campo, de uma determinada área de concessão, a partir do trimestre em que ocorrer a data de início da respectiva produção, nos limites estabelecidos pelo Art. 22 do Decreto em questão. Veja-se

Art 22. Para efeito de apuração da participação especial sobre a produção de petróleo e de gás natural serão aplicadas alíquotas progressivas sobre a receita líquida da produção trimestral de cada campo, consideradas as deduções previstas no § 1º do art. 50 da Lei nº 9.478, de 1997, de acordo com a localização da lavra, o número de anos de produção, e o respectivo volume de produção trimestral fiscalizada.

⁴⁹⁶ No Contrato de Concessão da 12ª Rodada, o percentual estabelecido foi de 10%, conforme seu Anexo V.

⁴⁹⁷ BNDES. **Relatório I - Regimes Jurídico-Regulatórios e Contratuais de E&P de Petróleo e Gás Natural**2010. Disponível em: www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/.../bndes.../Relat_I-2de8.pdf
Acesso em: 29/08/2014.

CLÁUSULA DE CONTEÚDO LOCAL MÍNIMO E CRITÉRIOS DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS

O conceito de Conteúdo Local nada mais é do que a proporção dos investimentos nacionais aplicados em um determinado bem ou serviço, correspondendo à parcela de participação da indústria nacional na produção desse bem ou serviço. Assim, quando uma plataforma ou refinaria, por exemplo, possui um alto índice de conteúdo local, significa que os bens e serviços utilizados em sua construção são, em grande parte, de origem nacional, e não importados⁴⁹⁸.

Desde a primeira Rodada de Licitações, ocorrida em 1999, a ANP, em sua ação reguladora do setor de petróleo e gás natural, observando os princípios e objetivos da Política Energética Nacional, inscritos na Lei do Petróleo, de promover o desenvolvimento e ampliar a competitividade da economia nacional, estabeleceu requisitos mínimos de Conteúdo Local em seus contratos de concessão com as Operadoras vencedoras, para investimentos realizados nas fases de exploração e desenvolvimento da produção.

Nesse sentido, vale dizer que as diretrizes estabelecidas na Resolução nº 8/2003 do Conselho Nacional de Política Energética - CNPE determinam que a ANP deva:

(...) fixar percentual mínimo de conteúdo nacional para fornecimento de bens e serviços utilizados na exploração e produção de petróleo e gás natural, ajustando-os permanentemente à evolução da capacidade de produção da indústria nacional e aos seus limites tecnológicos⁴⁹⁹.

A cláusula de Conteúdo Local destes contratos estabelece que seja dada preferência à contratação de fornecedores brasileiros sempre que suas ofertas apresentem condições de preço, prazo e qualidade equivalentes às de outros fornecedores convidados a apresentar propostas, aumentando, assim, a participação da indústria nacional, em bases competitivas, nos projetos de exploração e desenvolvimento da produção de petróleo e gás natural.

⁴⁹⁸ Disponível em: < http://www.prominp.com.br/prominp/pt_br/pagina-inicial.htm > Acesso em: 10/06/2014

⁴⁹⁹ Disponível em: < <http://www.anp.gov.br/> >, Acesso em: 09/06/2014.

A exigência de Conteúdo Local mínimo nos contratos de concessão dos blocos exploratórios da ANP provocou a necessidade da criação de uma forma única de medição que assegurasse uniformidade, transparência e credibilidade aos diversos agentes atuantes no setor de petróleo e gás natural do Brasil.

Neste contexto, foi criada, em 2004, a Cartilha de Conteúdo Local do Prominp⁵⁰⁰. Esta Cartilha define uma metodologia de cálculo do Conteúdo Local de bens, sistemas, subsistemas e serviços relacionados ao setor e busca identificar a origem de fabricação dos componentes que compõem cada equipamento, pondera o valor dos insumos importados em comparação ao valor do bem e os consolidam no Índice de Conteúdo Local.

O Edital da Sétima Rodada de Licitação de blocos exploratórios da ANP, de 2005, determinou a Cartilha desenvolvida pelo Prominp como metodologia oficial para a aferição do Conteúdo Local, sendo anexada ao Contrato de Concessão. Em 2007, a Cartilha foi retirada do Contrato e incorporada a um regulamento da ANP (Resolução ANP n° 36), que determina que esta seja utilizada pelas certificadoras credenciadas pela ANP para emitir os certificados de Conteúdo Local.

Com o objetivo de estabelecer as condições legais para a realização da medição do conteúdo local, foi regulamentado, em novembro de 2007, o Sistema de Certificação de Conteúdo Local, que estabelece, entre outros procedimentos, a metodologia para a certificação e as regras para o credenciamento de entidades certificadoras junto à ANP.

Nesse contexto, a instituição da Coordenação de Conteúdo Local, se mostrou passo fundamental na implantação desta certificação, exigida a partir da 7ª rodada, de bens e serviços nacionais utilizados na indústria do petróleo e gás natural, bem como para dar prosseguimento ao acompanhamento e ao aprimoramento da fiscalização pela ANP dos compromissos com aquisição de conteúdo local firmado nos contratos de concessão.

⁵⁰⁰ O Governo Federal, através do Decreto n° 4.925/2003, instituiu o Prominp - Programa de Mobilização da Indústria Nacional de Petróleo e Gás Natural.

A partir da criação da Coordenação de Conteúdo Local, a ANP pôde ampliar seu papel no processo de definição de mecanismos - técnicos, institucionais, financeiros e até mesmo promocionais - destinados a estimular o aumento da participação da indústria nacional no setor de petróleo e gás natural.

A Coordenação atua de forma articulada com outras instituições – MME, MDIC, BNDES, ONIP, IBP, Prominp, Sebrae, associações de classe - no apoio ao desenvolvimento da economia brasileira, possibilitando, por meios formais, o intercâmbio de informações, estudos conjuntos e a identificação de campos e mecanismos de cooperação com vistas a estimular maior participação da indústria nacional no setor de petróleo e gás natural, contribuindo para o objetivo definido na Lei do Petróleo e na política do Governo Federal⁵⁰¹.

As entidades certificadoras são responsáveis por medir e informar à ANP o conteúdo local dos bens e serviços contratados pelas empresas concessionárias para as atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural, e utilizam como metodologia a Cartilha de Conteúdo Local do Prominp. A certificação é uma obrigação contratual da concessionária com a ANP.

Assim, a consideração do conteúdo local na avaliação das ofertas nas rodadas de licitações de blocos exploratórios reflete a prioridade que o Governo Federal e a ANP atribuem ao desenvolvimento sustentado da indústria nacional de bens e serviços utilizados no setor de petróleo e gás natural, de maneira a maximizar os benefícios à sociedade brasileira, trazidos pelos investimentos das empresas concessionárias, bem como representa uma maneira de evitar que a “Maldição do Petróleo”, principalmente a “Doença Holandesa” no país⁵⁰².

Isso porque, com a Cláusula de Conteúdo Local, não apenas a indústria ligada às atividades-fim de E&P irá crescer, mas também, toda a indústria nacional indiretamente ligada ao setor petrolífero, de modo que, em última análise, todos os setores

⁵⁰¹ Disponível em: < <http://www.anp.gov.br/>>, Acesso em: 09/06/2014.

⁵⁰² Os conceitos de “Maldição do Petróleo” e “Doença Holandesa” serão abordados no item “6.1.2.2.3.3.5.” deste trabalho.

da economia brasileira, em maior ou menor grau, acabam se desenvolvendo mais a cada ano.

A principal diferença, em se tratando de conteúdo local, do regime de concessão para o regime de partilha é que no regime de concessão o conteúdo local representa um dos critérios de julgamento das propostas, conforme gráfico abaixo, assim as empresas podem variar sua oferta dentro dos limites estabelecidos no edital⁵⁰³:



Figura 5: Critérios de Julgamento no Regime de Concessão Fonte: Ibmec/RJ

Já no regime de partilha, o conteúdo local não é critério de julgamento, mas o consórcio vencedor deverá cumprir com o compromisso de conteúdo local estipulado no Edital, Contrato de partilha e regulamentação do CNPE e da ANP, sem muito poder de negociação dos percentuais⁵⁰⁴.

⁵⁰³ Os limites mínimos de Conteúdo Local nos contratos de concessão são:

Qualificação operacional do Bloco	Fase de Exploração (Fator E)	Etapa de Desenvolvimento (Fator D)
A	30%	30%
B	50%	60%
C	70%	70%

Fonte: ANP

⁵⁰⁴ Os percentuais de Conteúdo Local estipulados no Contrato de partilha de produção são:

Meta Global para Fase de Exploração	Meta Global para Etapa de Desenvolvimento	
	1º óleo até 2021	1º óleo a partir de 2022
37%	55%	59%

Fonte: ANP

FUNDO SOCIAL

Segundo a Lei nº 12.351/2010, o Fundo Social foi constituído com o objetivo de custear programas e projetos nas áreas de ciência e tecnologia, educação e combate à pobreza, com os recursos de aplicações derivadas da renda do pré sal.

A criação do Fundo Social mostra-se necessária para ser possível aproveitar ao máximo os benefícios trazidos pelo Pré Sal em favor das futuras gerações brasileiras, tendo em vista que o óleo e o gás são recursos naturais não renováveis e o mercado internacional de petróleo tem certa volatilidade. Em razão disso, os recursos, derivados do Pré Sal, necessitam de uma destinação diferenciada das demais receitas governamentais, de modo que possam ter rendimentos que perdurem ao longo do tempo.

Para que seja possível realizar uma análise mais detida acerca dos principais aspectos do fundo social, preliminarmente, cumpre trazer à baila algumas questões de direito comparado.

Um tema inicialmente relevante quando se trata do Fundo social é a ocorrência, em diversos países do mundo, da chamada “Maldição do Petróleo”. Com as crises mundiais do petróleo nos anos 1970, e devido a impactos negativos que o setor petrolífero acarretava nos demais setores econômicos dos países, principalmente membros da OPEP, começou-se o desenvolvimento de estudos e teorias sobre os possíveis efeitos nocivos dos lucros excessivos e alta valorização da moeda para o desenvolvimento das economias dos países exportadores do petróleo.

Dentre as diversas ocorrências da “Maldição do Petróleo”, a maior e mais famosa foi a Doença Holandesa⁵⁰⁵ (assim batizada quando a exportação de óleo e gás na Holanda aumentou demasiada e repentinamente as receitas de exportação), que é uma teoria econômica segundo a qual o aumento de receita decorrente da exportação de recursos

⁵⁰⁵ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos e MARCONI Nelson. **Doença Holandesa e Indústria**. Ed. FGV, Rio de Janeiro. 2010.

naturais desestimula a indústria de uma nação devido à valorização cambial, como se observa no gráfico abaixo:

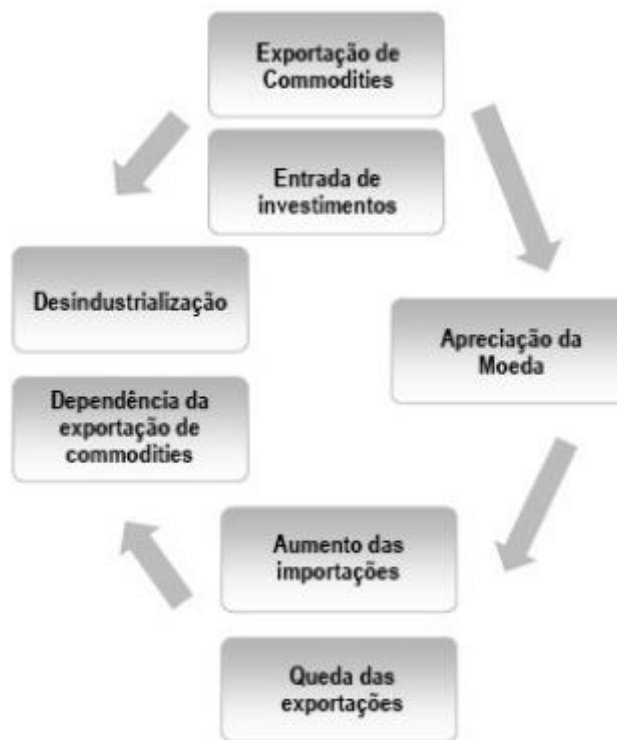


Figura 6: Fluxograma da Doença Holandesa Fonte: Petrobras

Em outras palavras, com a exportação de petróleo e gás natural, há entrada de moeda estrangeira que, em excesso, gera uma forte valorização da moeda local, o que influencia diretamente o setor industrial, afetando a competitividade da produção de bens e serviços interna, estimulando importações, e desestimulando o consumo de produtos nacionais e as exportações nos diversos setores produtivos.

Entretanto, com o passar dos anos percebeu-se que não apenas a supervalorização cambial (Doença Holandesa) poderia gerar retração ao desenvolvimento econômico dos países produtores, mas também a má gestão na alocação dos recursos oriundos das atividades de E&P poderia gerar retração econômica⁵⁰⁶.

⁵⁰⁶ U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY. **Sovereign wealth funds**. Semiannual Report on International Economic and Exchange Rate Policies, Office of International Affairs June 2007. Disponível em: < <http://www.treasury.gov> >. Acesso em: 06/06/2014.

Neste cenário, a criação de Fundos Soberanos de Riqueza foi o mecanismo adotado pelos países produtores de petróleo, visando combater, ou no mínimo minimizar, a dita "Maldição de Petróleo".

Os Fundos Soberanos de Riqueza (*Sovereign Wealth Fund - SWF*) são fundos de investimento estatais, isto é, são conjuntos de ativos pertencentes aos Estados, sendo administrados por eles direta ou indiretamente. Outro elemento característico dos SWFs é o fato de investirem em ativos estrangeiros⁵⁰⁷.

Os principais objetivos destes fundos são: garantia para políticas anticíclicas; constituir poupança para garantir receita derivada dos recursos naturais não renováveis às futuras gerações; e evitar a supervalorização cambial excessiva (doença holandesa).

A fonte de recursos, ou seja, a "riqueza" do nome Fundos Soberanos de Riqueza, pode ser classificada de duas maneiras: *commodity* e não *commodity*.⁵⁰⁸ Os SWFs classificados como *commodity* são capitalizados com a renda obtida pela comercialização de riquezas minerais, pertencentes ou taxadas pelo governo. As riquezas minerais mais comercializadas pelos estados que tem a receita destinada aos SWFs são petróleo e gás natural, mas também há outros produtos minerais cujas rendas são alocadas nos SWFs, como cobre, diamante e minérios em geral.⁵⁰⁹

Os SWFs do tipo não *commodity* mais usuais são os capitalizados com o excedente de reservas internacionais resultante de superávits comerciais provenientes das exportações de produtos industrializados. Há, ainda, outras fontes de capitalização desses SWFs, como, por exemplo, operações cambiais do governo, rendas provenientes de privatizações e, até mesmo, o superávit fiscal.⁵¹⁰

⁵⁰⁷ KERN, Steffen. **Sovereign wealth funds; state investments on the rise**. Deutsche Bank Research, 2007.

⁵⁰⁸ U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY. **Sovereign wealth funds**. Semiannual Report on International Economic and Exchange Rate Policies, Office of International Affairs June 2007. Disponível em: < <http://www.treasury.gov> >. Acesso em: 06/06/2014.

⁵⁰⁹ *Op. Cit.*

⁵¹⁰ *Op. Cit.*

Entre os aspectos positivos desses fundos está a possibilidade dos mesmos exercerem importante controle público sobre o capital privado, já que os SWFs são de propriedade dos países e administrados pelos respectivos governos, que podem vir a exercer mando de parte significativa das ações de empresas estrangeiras privadas. De igual modo, os fundos apresentam como pontos negativos a possibilidade de ingerência econômica de uma nação sobre outras e, dependendo do país, a pouca transparência nas suas ações e elementos de controle.⁵¹¹

Note-se que, dentre os 20 (vinte) maiores SWFs, 13 (treze) têm sua renda originada no petróleo, dentre eles estão os fundos de Abu Dhabi, Noruega, Singapura, Arábia Saudita e Kuwait, que são os 05 (cinco) maiores⁵¹².

Os primeiros fundos de riqueza soberana foram criados na década de 1950. Assim foi, por exemplo, com o Kuwait (KIA — criado em 1953), para receber aportes anuais de 10% das receitas do país com petróleo, e com o *Revenue Equalisation Reserve Fund*, instituído em 1956 pela administração britânica das Ilhas Gilbert⁵¹³, para gerir receitas de *royalties* pela exploração de fosfato.

Na década de 1970, com a elevação dos preços do petróleo, observou-se uma segunda onda de criação de fundos soberanos. Com receitas de exportação de petróleo, foram criados fundos soberanos nos Emirados Árabes, Estados Unidos e Canadá. O governo de Cingapura criou, também na década de 1970, o seu primeiro fundo soberano, com recursos oriundos das receitas com exportações de manufaturados.

Em 1981, instituiu o *Government of Singapore Investment Corporation* (GIC), que atualmente está entre os maiores fundos soberanos do mundo, com ativos estimados

⁵¹¹ Renata Barbosa Fontes da França (Fundo Social do Pré-Sal, pág. 10) mostra de forma clara a relação de transparência e liberdade dos Fundos: "O grau de transparência ou não do fundo está diretamente ligado ao grau de liberdade política do país. Os fundos de países de regime ditatorial (Irã e Abu Dhabi) possuem baixo teor de transparência, enquanto os países de sistema democrático consolidado (Estados Unidos e Noruega) espelham exatamente alto nível de transparência".

⁵¹² KERN, Steffen. **Sovereign wealth funds; state investments on the rise**. Deutsche Bank Research, 2007.

⁵¹³ Kiribati desde 1979.

em 330 bilhões⁵¹⁴. Desde então, o número de fundos de investimento de países em desenvolvimento e também de economias avançadas não parou de crescer.⁵¹⁵

No começo da década de 1990, marco inicial da era da globalização financeira, teve início a terceira onda de criação dos fundos soberanos. Atualmente, mais de 40 países possuem fundos de riqueza soberana, e vários outros já manifestaram interesse em criá-los. No final de 2007, por exemplo, estava em discussão a criação de fundos soberanos na Bolívia, Brasil⁵¹⁶, Índia e Japão.⁵¹⁷

O Instituto dos Fundos de Riqueza Soberana (*Sovereign Wealth Fund Institute – Institute SWF*) é a principal referência para dados relativos aos fundos soberanos existentes no mundo. O Instituto é uma organização que analisa os impactos desses fundos na economia/ mercado financeiro, política, comércio e serviços públicos, dentre outros. A instituição publica o indicador de transparência de todos os fundos soberanos do mundo, o índice *Linaburg-Maduell*, desenvolvido por Carl Linaburg e Michael Maduell.

Esse índice é baseado em 10 critérios que são: 1) se há histórico do fundo com as razões para a sua criação, origens e estrutura governamental; 2) se o relatório anual do fundo foi auditado recentemente; 3) se o fundo disponibiliza informações sobre os seus investimentos em *holdings* e sua localização geográfica; 4) se o fundo informa sobre o total do valor do seu portfólio com seu respectivo retorno; 5) se o fundo publica diretrizes com referência a padrões éticos, políticas de investimento e estratégias; 6) se o fundo possui objetivo e estratégia claros; 7) se o fundo dispõe de subsidiárias e sua informação para contato; 8) se o fundo identifica administradores externos, 9) se o fundo administra

⁵¹⁴ FREITAS, Maria Cristina Penido de. **Fundos de Riqueza Soberana**. Fundap, disponível em: <www.fundap.sp.gov.br> Acesso em: 02/06/2014.

⁵¹⁵ GIEVE, John. **Sovereign wealth funds and global imbalance**. Speech by the Deputy Governor of the Bank of England to the Sovereign Wealth Management Conference, London, 14 March 2008. *BIS Quarterly Review*, Basle: Bank for International Settlement, n. 31, p. 1-10. Mar. 2008. Disponível em: <<http://www.bis.org/>>. Acesso em: 06/06/2014.

⁵¹⁶ O Brasil instituiu seu Fundo Soberano Sobreano em 2008. Sua gestão está a cargo do Ministério da Fazenda, através da Secretaria do Tesouro Nacional (STN).

⁵¹⁷ FREITAS, Maria Cristina Penido de. **Fundos de Riqueza Soberana**. Fundap, disponível em: <www.fundap.sp.gov.br> Acesso em: 02/06/2014.

seu próprio site e, 10) se o fundo informa o endereço de seu escritório principal e dados para contato.⁵¹⁸

Cada um destes critérios representa um ponto na escala de transparência que varia de 01 a 10. O mínimo que um fundo pode receber para ser reconhecido como tal é 01 (um) ponto e para que seja reconhecido como transparente deverá atingir um mínimo de 08 (oito) pontos.

Os estudos realizados pelo *Institute SWF* sobre a transparência revelam que os maiores fundos de ativos, como o da Arábia Saudita e dos Emirados Árabes, não são considerados transparentes, com exceção da Noruega, que é o segundo maior fundo de ativos e ocupa o primeiro lugar no ranking de transparência. O aludido índice de classificação da transparência Linaburg-Maduell foi desenvolvido com base nesse fundo (da Noruega), reconhecido por possuir investimentos com claras intenções⁵¹⁹.

Diante de uma análise dos fundos dos Emirados Árabes Unidos, Kuwait, Rússia, Estados Unidos, Canadá e Chile, observa-se que, quanto aos objetivos, esses fundos muito se assemelham, visto que os investimentos realizados se projetam para o futuro, ou seja, são investimentos de longo prazo. Todos eles têm como objetivo serem fundos de acumulação ou estabilização.

Os fundos de acumulação (Emirados Árabes, Kuwait, Estados Unidos e Canadá) são também chamados de fundo de poupança, que visam acumular e rentabilizar ativos preservando a riqueza para gerações futuras.

Já os fundos de estabilização (Rússia e Chile) funcionam como reservas a serem gastas quando houver variação de preço que afetem o caixa do governo ou a moeda nacional, e por consequência, a economia do país.

Feitas as considerações acerca dos WSFs, resta analisar o que é o Fundo Social do Pré-Sal, e quais os impactos de sua criação. Inicialmente, valer dizer que diante deste acontecimento raro, que é a formação do petróleo, e da magnitude da renda a ser gerada a partir da exploração do pré-sal, conforme estimado será da ordem de trilhões de reais,

⁵¹⁸ Disponível em inglês em: <<http://www.swfinstitute.org/>> Acesso em: 03/06/2014.

⁵¹⁹ *Idem*

não seria razoável deixar de pensar e debater sobre a forma mais justa de aproveitar essa riqueza, considerando as necessidades não só dos diversos segmentos que atualmente compõem a sociedade brasileira, mas também das futuras gerações.

Parte da solução apresentada pelo Poder Executivo Federal para essa questão foi a criação do Fundo Social, que nada mais é do que um Fundo Soberano de Riqueza, que recebeu outro nome. Instituído pela Lei nº 12.351, de 22/12/2010, o Fundo Social, conforme preceituado pelo artigo 47 do referido diploma, possui as seguintes finalidades:

Art. 47. É criado o Fundo Social - FS, de natureza contábil e financeira, vinculado à Presidência da República, com a finalidade de constituir fonte de recursos para o desenvolvimento social e regional, na forma de programas e projetos nas áreas de combate à pobreza e de desenvolvimento:

I - da educação;

II - da cultura;

III - do esporte;

IV - da saúde pública;

V - da ciência e tecnologia;

VI - do meio ambiente; e

VII - de mitigação e adaptação às mudanças climáticas.

O Fundo Social é, portanto, um mecanismo de natureza contábil e financeira, vinculado à Presidência da República, cujos projetos e programas observarão o Plano Plurianual ("PPA"), a Lei de Diretrizes Orçamentárias ("LDO") e as respectivas dotações consignadas na Lei Orçamentária Anual ("LOA").

Entre os objetivos do Fundo está a construção de uma poupança pública de longo prazo com base nas receitas auferidas pela União; oferecer fonte regular de recursos para o desenvolvimento social e regional; e mitigar as flutuações de renda e de preços na economia nacional, decorrentes das variações na renda gerada pelas atividades de E&P de petróleo e outros recursos não renováveis. Destaque-se que é vedado ao Fundo Social conceder garantias, de forma direta ou indireta. O Fundo Social tem como fonte de recursos conforme disposto pelo art. 49 da Lei n. 12.351/2012:

Art. 49. Constituem recursos do FS:

I - parcela do valor do bônus de assinatura destinada ao FS pelos contratos de partilha de produção;

- II - parcela dos royalties que cabe à União, deduzidas aquelas destinadas aos seus órgãos específicos, conforme estabelecido nos contratos de partilha de produção, na forma do regulamento;
- III - receita advinda da comercialização de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos da União, conforme definido em lei;
- IV - os royalties e a participação especial das áreas localizadas no pré-sal contratadas sob o regime de concessão destinados à administração direta da União, observado o disposto nos §§ 1º e 2º deste artigo;
- V - os resultados de aplicações financeiras sobre suas disponibilidades; e
- VI - outros recursos destinados ao FS por lei.

A ANP é a entidade pública responsável pelo cálculo das participações governamentais, definidas como pagamentos a serem realizados pelos concessionários. Desde 2012, a Agência Reguladora Petrolífera calcula e divulga em seu *site*⁵²⁰ os valores destinados ao Fundo Social. Vale destacar que a maior fonte de receitas do Fundo Social são as parcelas destinadas pelos contratos de partilha, que como dito, foi instituído no regime exploratório brasileiro a partir de 2013, com a Primeira Rodada do Pré-Sal.

Segundo dados apresentados pela ANP, o Fundo Social recebeu, até o momento, aportes de recursos superiores a R\$ 1.000.000.000.000,00 (um bilhão de reais), sem sequer estarem em produção os poços de petróleo do pré-sal⁵²¹.

Estima-se que as reservas do Pré-Sal serão suficientes para os próximos 40 anos⁵²². O cenário que se aproxima é extremamente positivo, e na medida em que se as reservas do fundo forem bem aplicadas, não haverá grandes riscos de configuração da “maldição do petróleo” no Brasil, que poderia ocorrer quando da supervalorização da moeda, o declínio dos valores dos produtos primários, a flutuação de preços e aspectos de governança.

Entende-se, atualmente, que o país estaria a salvo dos primeiros aspectos da “maldição do petróleo” (questão cambial, declínio dos valores primários e flutuação de preços), devido a uma economia mais estável e fortificada do que aquela verificada num

⁵²⁰ Disponível em <http://www.anp.gov.br> Acesso em: 15/05/2015.

⁵²¹ARRUDA, Rodrigo Vieira das Neves de. **O Regime de Partilha de Produção Brasileiro**. In: Jerson Carneiro Gonçalves Júnior; Márcio Sette Fortes; Marco Aurélio de Sá Ribeiro; Vânia Siciliano Aieta. (Org.). **Infraestrutura e o Futuro do Brasil no Século XXI**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

⁵²² Disponível em <http://www.anp.gov.br> Acesso em: 15/05/2015

contexto anterior, além da existência, nos contratos de concessão e partilha, da Cláusula de Conteúdo Local (CCL), que incentiva o crescimento da indústria nacional.

A grande preocupação é quanto ao aspecto da governança. Isso porque, como dito, o Brasil já possui um Fundo Soberano (Fundo Soberano do Brasil), classificado como *non commodity*⁵²³, que foi criado com o objetivo de tornar o Estado Brasileiro um ator importante na globalização financeira, mantendo estoques de capital que deveriam garantir a soberania nacional diante de crises internacionais. Nesse sentido, a STN afirma em seu sítio eletrônico que:

A participação da economia brasileira tem sido cada vez mais ativa no cenário mundial. Neste contexto, dada a crescente necessidade de fomentar projetos estratégicos, mitigar efeitos de ciclos econômicos, formar poupanças pública e promover investimentos em ativos no Brasil e no exterior, foi criado (...) o Fundo Soberano do Brasil – FSB⁵²⁴

Contudo, o que se percebe nesses 06 (seis) anos de existência é que o Fundo Soberano do Brasil vem sofrendo com problemas ligados à sua gestão, e, por isso, tem investido em ativos de baixo retorno, o que acaba gerando um rendimento pífio ao Fundo, se comparado com os demais⁵²⁵.

Assim, em relação ao Fundo Social, o excesso de poder conferido ao Conselho Deliberativo e ao Comitê de Gestão Financeira do Fundo Social somado ao papel do Executivo Federal na fixação do Fundo possibilitam mudanças de orientação nos gastos em razão de preferências políticas, o que poderá gerar um rendimento abaixo do esperado, como vem ocorrendo com o FSB.

⁵²³ De acordo com o SWF Institute o FSB é classificado como *non commodity* e possui 9 pontos na escala de transparência. Disponível em inglês em: <<http://www.swfinstitute.org/>> Acesso em: 03/06/2014.

⁵²⁴ Disponível em: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 08/06/2014.

⁵²⁵ De acordo com o SWF Institute ranking o FSB ocupa a 52ª posição dentre os 75 WSFs existentes, e é o segundo pior classificado da América do Sul, ficando à frente, apenas, do FEM (Venezuela) que ocupa a 64ª posição.

Disponível em inglês em: <<http://www.swfinstitute.org/>> Acesso em: 03/06/2014.

6.2.1. A REGULAÇÃO DO SETOR PETROLÍFERO NO BRASIL E SEU CARÁTER SOCIAL

Em uma análise mais detida sobre o tema, verificar-se-á que o setor injeta uma enormidade de recursos na ordem social. Veja-se que há a obrigatoriedade de se investir em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D), o que garante mais recursos à educação. Além desses aportes, a Lei do Petróleo destina uma parcela dos *royalties* à P&D.

Com o advento da Lei do Petróleo criou-se também um pagamento para o dono da terra na qual fosse descoberto petróleo (mas que não será objeto deste estudo, haja vista que nossa abordagem se dá no sentido de aplicação dos recursos recebidos pela União, Estados e Municípios) e trouxe uma novidade que foi, pela primeira vez, o pagamento de um volume significativo de recursos ao MCT - Ministério da Ciência e Tecnologia, conforme art. 49 da citada legislação (Lei 9.478/97).

Ainda no que se refere aos *royalties* o Estado do Espírito Santo apresentou uma proposta pioneira no país, criando através de Lei Estadual um Fundo para a Redução das Desigualdades Regionais que visa repassar parte dos *royalties* recebidos pelo Estado para municípios capixabas que não produzem petróleo, incluindo neste repasse 70 (setenta) municípios a serem contemplados com dinheiro do Fundo para a Redução das Desigualdades Regionais (FRDR)⁵²⁶.

Para, além disso, tem-se a Cláusula de Conteúdo Local (CCL), que homenageia a busca pelo pleno emprego, ao exigir a contratação de mão de obra nacional, e, ao mesmo tempo, leva à melhoria do ensino, pois que a indústria petrolífera necessita de mão de obra extremamente qualificada. Nesse sentido, a CCL não só melhora a educação, mas responde pela abertura de inúmeras vagas em cursos técnicos e superiores, direta e indiretamente ligados ao setor.

Assim, a CCL ao remunerar bem os trabalhadores da referida indústria, acaba gerando indiretamente inúmeras vagas de trabalho, vez que dá poder de compra à eles.

⁵²⁶ SERRA, Rodrigo & Patrão, Carla. 2003. **Impropriedades dos critérios de distribuição dos royalties no Brasil**. In: PIQUET, Rosélia. **Petróleo, royalties e região**. Rio de Janeiro, Garamond, 2003.

De modo que o fortalecimento da política de conteúdo local pode ser tido como um dos fatores-chave do desenvolvimento sustentável das nações, inclusive do Brasil.

Como visto, além da tributação, o setor petrolífero ainda garante uma enorme arrecadação ao Estado brasileiro, mediante o pagamento de Bônus de Assinatura, Taxa de Ocupação, que pela peculiaridade do Brasil, de se executar as atividades de E&P basicamente *offshore*, a Taxa em questão é paga na grande maioria dos casos à União; e Participações Especiais. Tais recursos acabam indo para o Orçamento da União e, em grande medida, são utilizados no custeio das políticas públicas garantidoras dos direitos sociais.

Ademias, com o advento do Modelo de Partilha, houve a criação do Fundo Social do Pré-Sal. O qual, como já mencionado, se trata de um Fundo Soberano de Riqueza, destinado ao custeio dos direitos sociais, Introduzido constantemente e, por se tratar de um Fundo Soberano, quase para a eternidade, um volume imenso de recursos na ordem social.

Diante de tudo que se expôs até aqui, nesse capítulo, não resta dúvida que o setor petrolífero é um dos que mais contribui direta e indiretamente para a implementação e manutenção de políticas-públicas relativas à ordem social. Da mesma maneira que apresenta-se como um exemplo de sucesso no que concerne à parceria entre os setores público e privado. Servindo, portanto, como inspiração para o modelo de gestão compartilhada, ou dúplice, a ser desenvolvido a seguir.

6.3. UMA PROPOSTA DE CAPITALISMO SOLIDÁRIO

Para ser possível adentrar a proposta de Capitalismo Solidário, deve ser pontuado inicialmente o recorte a ser utilizado. Gregorio Robles, ao tratar do tema, estabelece uma relação entre método e recorte epistemológico, explicitando que a realidade é complexa para o olho humano, de modo que para estudar algum fenômeno é necessário recortá-lo, isto é, delimitar o objeto de estudo, delimitá-lo. E complementa

afirmando que o objeto material de uma ciência é a matéria geral que investiga sem havê-la recordado, ainda, o suficiente sob a perspectiva metódica⁵²⁷.

Trazer a perspectiva do recorte faz todo sentido, pois, nas palavras de Lucas Galvão de Britto, “o absoluto, se é que dele podemos falar algo, é inclassificável⁵²⁸”. Nesse sentido, merece também ser dito que Lourival Vilanova nos ensina que não é possível se ter acesso ao “fato puro”, mas tão somente a um ou alguns de seus aspectos, como *v. g.* o viés econômico, ou político, ou jurídico, ou filosófico, ou religioso, etc⁵²⁹.

Destaque-se, também que o lógico e matemático Charles Sanders Peirce, ensina que um signo é sempre incompleto, de modo que a representação da realidade mediante a linguagem também será sempre incompleta⁵³⁰, correspondendo a apenas parte da realidade natural⁵³¹.

Na mesma direção, vale recordar Pontes de Miranda que cunhou as expressões “o cindir é desde o início”⁵³² e “viver é recortar o mundo”⁵³³ para, caminhando no mesmo sentido de Husserl, transmitir a ideia de que “ninguém pode com o todo”⁵³⁴, ou melhor, o todo que acreditamos cegamente conhecer é, na verdade, uma parte, pois que se cindimos desde o início, tudo que sabemos começa com um corte.

Nessa linha, a proposta tratada no presente estudo é desenvolvida com foco no Direito, de modo que o viés estritamente econômico (próprio das ciências econômicas) não será abordado.

⁵²⁷ ROBLES, Gregório. **Teoria Del Derecho Vol II: Fundamentos de Teoria Comunicacional Del Derecho**. Navarra: Civitas Ediciones. 2015. Pág. 369.

⁵²⁸ BRITTO, Lucas Galvão de. **Sobre o uso de definições e classificações na construção do conhecimento e na prescrição de condutas**. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). **Lógica e Direito**. São Paulo: Noeses, 2016. Pág. 321.

⁵²⁹ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e Relação no Direito** 5ª ed. São Paulo: Noeses 2015.

⁵³⁰ Peirce define a realidade, ou o real, como sendo aquilo que é de modo independente das minhas ou suas fantasias, afirmando que “vivemos num mundo de forças que atuam sobre nós, sendo essas forças, e não as transformações lógicas do nosso próprio pensamento, que determinam em que devemos, por fim, acreditar”. SANTAELLA, Lúcia. **O que é semiótica**. São Paulo Ed. Brasiliense. 2ª Ed. 2003. Pág. 6.

⁵³¹ ARAUJO, Clarice Von Oertzen de. **Semiótica do Direito**. São Paulo: Quartier Latin. 2005.

⁵³² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **O Problema Fundamental do Conhecimento**. Porto Alegre: Globo. 1937.

⁵³³ *Op. Cit.* Pág. 27.

⁵³⁴ BRITTO, Lucas Galvão de. **Sobre o uso de definições e classificações na construção do conhecimento e na prescrição de condutas**. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). **Lógica e Direito**. São Paulo: Noeses, 2016. Pág. 316.

O ponto de partida para o desenvolvimento da proposta ora apresentada se dá no fato do Estado brasileiro se mostrar um mal gestor de recursos. Embora, como registra Paulo Rabello de Castro, a má gestão não seja exclusividade brasileira, aqui o Estado agigantou-se de tal forma nas últimas décadas que se tornou um verdadeiro exemplo de “Leviatã”, com seus tentáculos se alastrando por todos os setores da vida civil.

Nesse sentido, cumpre registrar que Helgis Torres Cristófaru faz uma comparação entre os modelos de Estado Absolutista e Republicano que muito interessa ao presente trabalho:

Foucault configurou a biopolítica como resultante de um deslocamento do poder do soberano sobre o súdito (Poder Soberano) para um poder do Estado sobre a vida (Biopoder), de um poder sobre a vida pela ameaça de morte para um poder de vida pela determinação de condições de vida, de um poder dirigido diretamente a cada indivíduo para um poder dirigido para o conjunto de indivíduos, a população.

O Poder Soberano, paradigma de poder político até o século XVIII tinha como característica o poder de um governante decidir, autocraticamente, deixar viver ou fazer morrer, quer diretamente ao sentenciar à morte os que se rebelavam contra sua autoridade ou suas leis, quer indiretamente ao dispor da vida de seus súditos para defendê-lo contra inimigos ou para guerrear visando expandir seus domínios. Do século XVIII em diante o poder de Estado, ainda segundo o Foucault de Hardt&Negri, se configurou como o direito, estabelecido ao mesmo tempo como obrigação, do Estado de gerir a vida como um poder que “exerce uma influência positiva na vida, que busca administrar, otimizar, e multiplica-la, submetendo-a (a vida) a controles precisos e regulações em todas as suas dimensões⁵³⁵.

Diante disso, pode ser observado que no Brasil as observações de Helgis Torres Cristófaru se aplicam com uma peculiaridade. Não é o Estado, em geral (todos os entes federados), que domina e controla tudo, mas sim a União Federal, que concentra, além de competências legislativas fundamentais, a maior parte da arrecadação⁵³⁶.

⁵³⁵ CRISTÓFARO, Helgis Torres. **O Trabalho como Categoria em Economia Política**. Dissertação de Mestrado - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo: USP. 2016. Págs. 90/91.

⁵³⁶ De acordo com o “Impostômetro”, em 2015 a União Federal ficou com 57% da arrecadação tributária. 25 % ficaram com os Estados e o DF e 18% com os municípios. E em 2017 a arrecadação fiscal passou dos cinco trilhões de reais. Disponível em: <https://impostometro.com.br/#arrecadacaoBrasil> Acesso em: 02/03/2018.

Apesar dessa arrecadação recorde⁵³⁷, e da intervenção sobre a economia, com a regulação do setor privado, o Estado brasileiro não consegue garantir o funcionamento das políticas públicas relativas aos direitos sociais, escorando-se, muitas vezes, na Reserva do Possível para deixar de dar efetividade plena aos direitos em questão.

Se é uma realidade que o Estado gere mal os recursos, também se mostra verdadeiro que a iniciativa privada o faz muito bem. Entretanto, se não houver controle sobre o mercado acaba-se voltando às questões do modelo Liberal Clássico. Onde o erro de Adam Smith foi, seguindo a teoria de Locke, acreditar que o ser humano é bom e, por isso, não precisaria da intervenção estatal para garantir sua dignidade⁵³⁸ e que a economia (mercado) se responsabilizaria por distribuir a riqueza e delimitaria as jornadas de trabalho.

Deve ser lembrado também que após a crise do Estado Liberal, surgiu o modelo de Estado Social, e com a sua insustentabilidade econômica, houve uma volta ao passado com o estado Neoliberal, que, como visto anteriormente, propõe ideias para a redução dos tributos e, conseqüentemente, dos gastos do governo.

A grande maioria dos países que adotavam, até então, o modelo de bem-estar social, a partir da lógica neoliberal, passou a ofertar cada vez menos serviços e políticas assistenciais para seus cidadãos. Os neoliberais afirmam que assistência social não seria dever do Estado, mas um problema a ser superado pelas leis do mercado.

Contudo, no caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 foi na contramão do Neoliberalismo quanto aos direitos sociais, estabelecendo uma série de dispositivos que assegurem ao indivíduo todo o básico necessário para a sua existência digna.

Mais recentemente, pode-se dizer que o modelo Neoliberal de Estado encontra-se em crise. Nesse aspecto, Adiedj Bakas expõe que a crise financeira global iniciada em

⁵³⁷ De acordo com o mesmo “Impostômetro” a arrecadação em 2016 foi de dois trilhões de reais. Disponível em: <https://impostometro.com.br/Estudos/Interna?idEstudo=2> Acesso em: 02/03/2018.

⁵³⁸ SMITH, Adam. **A Riqueza das nações**. Trad. A. S. Lima. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

2008 pode ser tida como “a Nova Grande Depressão do século XXI”. Representando uma crise do Neoliberalismo como modelo de Estado⁵³⁹.

Complementa Bakas que tal Depressão representa “o fim de uma era de crescimento econômico ilimitado”⁵⁴⁰ e levará a um novo Modelo de Estado, que provavelmente será uma volta ao *Welfare State*. Mas se esse modelo não se mostrou economicamente viável uma vez nada indica o se implantado novamente algo mudará, ficando a humanidade em um eterno ciclo de liberalismo – estado social – liberalismo. Desse modo, faz-se necessário um modelo de Estado que junte o melhor de cada um, que seria o Capitalismo Solidário.

O modelo de Capitalismo Solidário, aqui proposto, caracteriza-se por uma gestão compartilhada, ou dúplice no que se refere aos direitos sociais. A expressão “gestão compartilhada” aqui tratada em nada tem a ver com a sua atual utilização, que diz respeito às Organizações Sociais (OS)⁵⁴¹, mas diz respeito a uma aliança entre o Setor Público e o Setor Privado para que seja possível garantir efetividade plena a tais direitos.

Não existe um conceito jurídico para “Aliança”, no entanto, tenta-se construir um a partir de algumas questões referenciais. Para se falar em aliança, necessariamente há que se pensar em parceria. Para sair de um sistema individual a se passar ao Sistema de Alianças, é preciso que se tenham interesses, que podem ser complementares, similares ou até mesmo divergentes – aliança atualmente é entendida como um sistema de interesses⁵⁴².

Assim, uma aliança estratégica entre o Poder Público e o setor Privado é o instrumento pelo meio do qual eles formam uma parceria com o objetivo de resguardar o

⁵³⁹ BAKAS, Adiedj. **Além da Crise**: O Futuro do Capitalismo. Trad. Sergio Alberto Rosenwald. Rio de Janeiro: Qualitymark: 2010. Pág.VIII.

⁵⁴⁰ *Op. Cit.*

⁵⁴¹ Nesse sentido, o Decreto nº 9.190/2017 dispõe sobre as regras de qualificação das Organizações Sociais (OS) do Executivo Federal. Podem ser qualificadas como OS entidades privadas sem fins lucrativos que cumpram os requisitos para exercer a gestão compartilhada de atividades que não são finalísticas do Estado. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/noticias/publicadas-regras-para-gestao-compartilhada-com-entidades-privadas-sem-fins-lucrativos> Acesso em: 02/02/2018.

⁵⁴² ARRUDA, Rodrigo Vieira das Neves de. (et. al.) **Alianças entre o Setor Público e o Setor Privado**. Rio de Janeiro: Grupo Ibmecc. 2014.

interesse de ambos: de um lado, propicia ao Estado alcançar os objetivos constitucionais por meio de condutas positivas e concretas, sem olvidar de proteger os indivíduos contra a atuação abusiva da iniciativa privada e, de outro lado, possibilitando a esta explorar um novo setor de atividade antes reservada exclusivamente ao setor público, permitindo-lhe novas oportunidades de negócios⁵⁴³.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, as principais modalidades de alianças entre o Setor Público e o Setor Privado são: Franquia, PPP (Parceiras Público-Privadas), Privatização, Permissão, Concessão e Terceirização⁵⁴⁴. Passa-se a breves considerações sobre o tema.

PARCERIAS PÚBLICO- PRIVADAS (PPP)

As PPP's surgem diante do esgotamento da capacidade de endividamento do Estado, em um ambiente político que valoriza a responsabilidade fiscal e o cumprimento das obrigações assumidas pelo governo brasileiro com seus credores nacionais e internacionais, e da necessidade de atração de investimentos privados para o financiamento desses setores, sentiu-se a necessidade de criação por parte do Poder Público de condições favoráveis a atrair o capital privado⁵⁴⁵.

As PPP's têm como função específica atrair investimentos privados para projetos de baixo índice de retorno econômico, mas de extrema importância social, em que o Estado busca, junto ao particular, dividir os custos com a implantação de infraestruturas, uma vez que nenhum deles teria condições de arcar com elas individualmente: o Estado por não ter condições financeiras e a iniciativa privada porque a tarifa seria insuficiente ou inexistente para cobrir todos os seus custos e ainda garantir a legítima margem de lucro do negócio⁵⁴⁶.

⁵⁴³ *Op. Cit.*

⁵⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, Terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

⁵⁴⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁵⁴⁶ *Op. Cit.*

As Parcerias Público-Privadas no Direito brasileiro são feitas através de contratos de delegação da construção, ampliação, reforma ou manutenção de determinada infraestrutura e da gestão da totalidade ou parte das atividades administrativas prestadas por seu intermédio, mediante remuneração de longo prazo arcada total ou parcialmente pelo Estado, fixadas em razão de quantidade ou qualidade das utilidades concretamente propiciadas pelo parceiro privado à Administração Pública ou à população⁵⁴⁷.

A Lei Federal nº 11.079/2004, instituiu normas gerais de licitação e contratação de Parceria Público- Privada no âmbito dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aplicadas aos órgãos da Administração Pública direta, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios⁵⁴⁸⁵⁴⁹.

As PPPs podem ocorrer de duas formas, Concessão Patrocinada e Concessão Administrativa: A Patrocinada é feita através de um contrato administrativo pelo qual a administração pública delega a outrem (parceiro privado) a execução de um serviço público, precedida ou não de obra pública, para que o execute, em seu próprio nome, mediante tarifa paga pelo usuário, acrescida de contraprestação pecuniária paga pelo parceiro público ao privado⁵⁵⁰.

Pode-se dizer que a Concessão Patrocinada é a modalidade contratual aplicável aos casos em que a concessão comum é economicamente inviável, sendo a concessão administrativa aplicável aos casos em que a contratação comum, não é viável⁵⁵¹.

⁵⁴⁷ ARRUDA, Rodrigo Vieira das Neves de. (et. al.) **Alianças entre o Setor Público e o Setor Privado**. Rio de Janeiro: Grupo Ibmecc. 2014.

⁵⁴⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, **Curso de Direito Administrativo**, 26ª. Edição, São Paulo: Malheiros, 2009.

⁵⁴⁹ A citada Lei além de exigir que a contratação envolva necessariamente uma contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, essa contratação foi ainda limitada pela mesma que estabeleceu a vedação para contratações inferiores a vinte milhões de reais ou por período de prestação de serviço inferior a cinco anos ou superior a trinta e cinco anos. Outra vedação legal diz respeito à celebração de contrato que tenha como objeto único o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e a instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

⁵⁵⁰ *Op. Cit.*

⁵⁵¹ *Idem.*

Essa modalidade pode ser utilizada, por exemplo, na construção de rodovias em regiões de poucos tráfego, em que a cobrança dos usuários não é suficiente para remunerar o parceiro privado⁵⁵².

Já a Concessão Administrativa é a modalidade de parceria público-privada que, em função do contexto do serviço de interesse público a ser prestado pelo parceiro privado, não é possível ou conveniente à cobrança de tarifas dos usuários de tais serviços. Nesse caso, a remuneração do parceiro privado é integralmente proveniente de aportes regulares de recursos orçamentários do poder público com quem tenha celebrado o contrato de concessão. Essa modalidade é utilizada, por exemplo, quando o parceiro privado constrói um presídio⁵⁵³.

FRANQUIAS

A Franquia é um instituto nascido e desenvolvido no setor empresarial privado, mas que, aos poucos, vem sendo adotado também pela Administração Pública. No Brasil, a Lei nº 8.955/1995 veio disciplinar a franquia empresarial (*franchising*), limitando-se a conceitua-la e a estabelecer os requisitos a serem observados na Circular de Oferta de Franquias, a ser obrigatoriamente fornecida ao interessado em torna-se franqueador. Nada estabelece com relação a franquias no âmbito da Administração Pública⁵⁵⁴.

As principais vantagens dessa modalidade de aliança são: rapidez de expansão, aumento de rentabilidade, redução de custos, motivação maior dos franqueados, maior participação no mercado, maior cobertura geográfica, melhor publicidade, menores responsabilidades, melhores representantes. Já as principais desvantagens são: perda parcial do controle, maior custo de supervisão, maiores custos de formatação, perda do sigilo, risco de desistência, perda da liberdade, expansão sem planejamento⁵⁵⁵.

⁵⁵² ARRUDA, Rodrigo Vieira das Neves de. (et. al.) **Alianças entre o Setor Público e o Setor Privado**. Rio de Janeiro: Grupo Ibmecc. 2014.

⁵⁵³ *Op. Cit.*

⁵⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, Terceirização e outras formas**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

⁵⁵⁵ *Op. Cit.*

Para a Administração Pública, muitas das vantagens apontadas estão presentes, especialmente a possibilidade de descentralizar suas atividades comerciais e industriais sem os custos que envolveria a criação de novas agências, filiais ou subsidiárias.

No entanto, a Franquia não se afeiçoa às peculiaridades da Administração Pública. Em primeiro lugar, porque implica a imposição de métodos de organização e trabalho do franqueador ao franqueado, o que pode ser um contra-senso, se se considerar que a Administração Pública descentraliza certas atividades. Além disso, no contrato de Franquia o franqueador outorga ao franqueado a licença de uso de marca. Percebe-se que o instituto se adapta mal à Administração Pública, em especial a Administração Pública Direta, constituída pelos órgãos que compõem os Ministérios, Secretarias do Estado e Secretarias do Município. A Administração Pública não tem marca, logo não pode dispor do uso⁵⁵⁶.

Por outro lado, considerando que o Poder Público não desempenha apenas serviços públicos típicos, mas também serviços públicos comerciais e industriais e quando se considera que tais atividades são prestadas por empresas estatais que integram a Administração Indireta, pode se concluir que a Franquia não é totalmente incompatível⁵⁵⁷.

Vale dizer, ainda, que os defensores da “Franquia-Administrativa”, afirmam que sua utilização se aproximaria da celebração de Contratos de Concessão, já que a prestação dos serviços ficaria a cargo de um terceiro, sendo que a Franquia possibilitaria à Administração um maior controle sobre o prestador de serviços⁵⁵⁸.

Isto porque, à Franqueadora, no caso a Administração Pública, se reconheceria o poder-dever de delimitar toda a atuação da Franqueada, já que cabe à franqueadora treinar os funcionários da Franqueada, indicar a forma como deve ser preparado o

⁵⁵⁶ *Idem*

⁵⁵⁷ ARRUDA, Rodrigo Vieira das Neves de. (et. al.) **Alianças entre o Setor Público e o Setor Privado**. Rio de Janeiro: Grupo Ibmecc. 2014.

⁵⁵⁸ *Op. Cit.*

ambiente da empresa, fornecer o *know-how* necessário para prestação dos serviços e etc⁵⁵⁹.

Reforce-se que a utilização de Franquias pelo Estado só é possível quando realizada pela Administração Pública Indireta, tendo em vista que sua utilização pela Administração Direta caracterizaria intervenção do Estado na economia, sendo inconstitucional⁵⁶⁰.

Por fim, tendo em vista que a utilização de franquias pela Administração indireta se dá pela mesma forma que em relação às franquias “puramente privadas”, ou seja, mediante Contrato de Adesão não há que se falar em aliança, nesse caso.

Pode-se afirmar que a Franquia é uma forma de concessão que não traz prejuízo à Administração Pública, mesmo porque nela as exigências para o franqueado são maiores que na própria Concessão. Daí adotar-se a franquia em determinados setores, como os Correios.

Há que se observar também que as vantagens e desvantagens da Franquia em relação à Administração Pública coincidem, em grande parte, nas vantagens e desvantagens da privatização, posteriormente abordada.

PRIVATIZAÇÃO

Acerca da Privatização, o fenômeno puro e simples não deveria ser considerado como uma forma de aliança entre os setores, isto porque nada mais seria do que uma alteração de propriedade de determinada empresa, que deixa de integrar o patrimônio público e torna-se um ente totalmente privado. Contudo, quando o Estado cria a ação

⁵⁵⁹ *Idem.*

⁵⁶⁰ Nesse sentido, prevê o Art. 173 da CRFB/88. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

preferencial denominada *Golden Share*, a privatização poderá ser considerada como uma aliança entre os setores⁵⁶¹.

A definição do termo *Golden Share*, no Direito Empresarial Brasileiro, pode ser encontrada no artigo 17, § 7º da Lei das Sociedades Anônimas⁵⁶² e basicamente é tratada como espécie de Ação de Classe Especial que é detida pelo poder público, principalmente utilizada quando do desfazimento do controle acionário de empresa com participação estatal, de forma a manter-se o controle desta empresa sem necessariamente haver a titularidade de mais de 50% das ações⁵⁶³.

Essas “Ações de Ouro” representam a manutenção do Poder Público em atividades monopolizadas e normalmente se diferenciam das outras pelo poder de veto, além de outras prerrogativas asseguradas ao sócio-detentor⁵⁶⁴, o que ocasiona uma gestão conjunta da empresa desestatizada, entre o particular adquirente e o Estado, configurando, por isso, em última análise uma forma de aliança estratégica⁵⁶⁵.

TERCEIRIZAÇÃO

As relações de trabalho têm sofrido transformações ao longo dos anos, com o intuito de flexibilizar a relação entre empregado e empregador. O vínculo tradicional de

⁵⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, Terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

⁵⁶²Prevê o Art. 17, § 7º da Lei nº 6.404/76: Nas companhias objeto de desestatização poderá ser criada ação preferencial de classe especial, de propriedade exclusiva do ente desestatizante, à qual o estatuto social poderá conferir os poderes que especificar, inclusive o poder de veto às deliberações da assembléia-geral nas matérias que especificar.

⁵⁶³ A origem deste instituto é europeia, mais especificamente inglesa, durante o governo de Margaret Thatcher e foi rapidamente copiada por outros países do mundo, por se tratar de eficiente solução para diversos problemas encontrados nas privatizações. ARRUDA, Rodrigo Vieira das Neves de. (*et. al.*) **Alianças entre o Setor Público e o Setor Privado**. Rio de Janeiro: Grupo Ibmec. 2014.

⁵⁶⁴ A título exemplificativo, a Ação Especial (*Golden Share*) da Embraer dá à União o direito de veto em relação às seguintes ações sociais (ARRUDA, Rodrigo Vieira das Neves de. (*et. al.*) **Alianças entre o Setor Público e o Setor Privado**. Rio de Janeiro: Grupo Ibmec. 2014.):

- Mudança de denominação da Companhia ou de seu objeto social;
- Alteração e/ou aplicação da logomarca da Companhia;
- Criação e/ou alteração de programas militares, que envolvam ou não a República Federativa do Brasil;
- Capacitação de terceiros em tecnologia para programas militares;
- Interrupção de fornecimento de peças de manutenção e reposição de aeronaves militares;
- Transferência do controle acionário da Companhia.

⁵⁶⁵ ARRUDA, Rodrigo Vieira das Neves de. (*et. al.*) **Alianças entre o Setor Público e o Setor Privado**. Rio de Janeiro: Grupo Ibmec. 2014.

emprego no qual existe um único empregador e apenas um empregado, vinculados por meio de um contrato de emprego, geralmente, sem prazo determinado, está perdendo um pouco de espaço e abrindo novos horizontes no que tange as relações empregatícias. A tecnologia requer mais agilidade e maior produção, fazendo-se necessário flexibilizar as relações de emprego, e uma das formas encontradas foi a contratação terceirizada, fenômeno de grande relevância na indústria moderna⁵⁶⁶.

Pelo seu excessivo uso este mecanismo alcançou uma escala maior do que a esperada, necessitando de regulamentação para que fossem evitadas fraudes. Em decorrência do crescimento desta modalidade de trabalho o Estado teve de normatizar essa prática, pois o direito precisa acompanhar a evolução social. Neste prisma editou-se a Súmula 256, e posteriormente foi realizada sua reforma através da Súmula 331 ambas do Tribunal Superior do Trabalho. Esta última, também já possui alterações como será explanado adiante. Assim, a Terceirização tornou-se um procedimento legal, apesar de diferente do modelo clássico de contratação conforme observaremos no decorrer deste artigo⁵⁶⁷.

A Terceirização, bastante utilizada no âmbito da iniciativa privada aparece hoje entre os institutos pelos quais a Administração Pública moderna busca a parceria com o setor privado para a realização de suas atividades. Pode-se dizer que a Terceirização constitui uma das formas de privatização (em sentido amplo) de que vem socorrendo a Administração Pública.

Para alguns autores a Terceirização seria a contratação, por determinada empresa, de serviços de terceiro para o desempenho de atividade-meio. Suas principais vantagens seriam a especialização da empresa contratada, a possibilidade de a empresa tomadora do serviço concentrar-se na execução de suas atividades-fim, a diminuição dos encargos trabalhistas e previdenciários, com a consequente redução do preço do produto ou do serviço⁵⁶⁸.

⁵⁶⁶ *Op. Cit.*

⁵⁶⁷ *Op. Cit.*

⁵⁶⁸ *Idem.*

A Constituição Federal 1988 impôs como requisito a aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos para investidura em cargo ou emprego público, considerando nulo o ato de admissão efetuado sem a observância deste requisito. Por esta vedação, ainda que se trate de hipótese de Terceirização ilícita, é inviável que se reconheça vínculo empregatício com os entes da administração pública nos contratos terceirizados.

Esse obstáculo foi expressamente reconhecido pelo inciso II, da Súmula 331 TST: “A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da Constituição Federal)”⁵⁶⁹.

Para parte da doutrina é notadamente inconstitucional a prática de Terceirização pela Administração Pública, pois afrontaria o preceito constitucional citado. Inclusive rebatendo a alegação de que o inciso XXI, no mesmo artigo 37, permitiria a Terceirização, por autorizar a realização de licitação para contratação de serviços, sendo que estes contratos só devem ser celebrados para serviços que ocorrem fora da dinâmica permanente da administração e que se requeira para atender exigências da própria Administração, e não da coletividade⁵⁷⁰.

Já para outros doutrinadores, observada a isonomia no núcleo da relação jurídica pactuada, afastam-se os efeitos discriminatórios tentados pela Terceirização ilícita. O que seria garantido pela possibilidade de responsabilização da Administração Pública se deixar de fiscalizar culposamente o preciso cumprimento das obrigações trabalhistas da empresa terceirizada⁵⁷¹.

Assim, entende-se que pode haver a Terceirização na Administração Pública, e ela se responsabilizaria tão somente quando falta com seu dever de fiscalizar a contratação de empresas terceirizadas ou ainda, quando descumpre seus deveres contratualmente estabelecidos⁵⁷².

⁵⁶⁹ *Idem.*

⁵⁷⁰ *Op. Cit.*

⁵⁷¹ *Op. Cit.*

⁵⁷² *Idem.*

Vislumbrando uma hipótese de responsabilização da Administração Pública, seria, por exemplo, quando esta deixa de repassar para a empresa interposta às verbas contratadas. A Administração Pública estaria agindo culposamente, cabendo em tese sua responsabilização. Pelas alterações ainda serem recentes, poucas foram às decisões tomadas pelos Tribunais que possibilitariam verificar seu entendimento⁵⁷³.

CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

A Lei nº 8.987, no art. 2º, inciso II, define a Concessão de Serviço Público como “a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”⁵⁷⁴.

Evidentemente, trata-se de conceito que serve aos objetivos da lei, mas que não contém todos os elementos necessários para caracterizar adequadamente essa modalidade de contrato. O dispositivo não se refere à concessão como contrato e não indica a forma de remuneração que lhe é característica, a saber, a tarifa paga pelo usuário ou outra fonte de receita ligada à própria exploração do serviço⁵⁷⁵.

No entanto, outros dispositivos da mesma lei permitem concluir que tais características estão presentes. O art. 4º estabelece que “a concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será formalizada mediante contrato, que deverá observar os termos desta Lei, das normas pertinentes e do edital de licitação”⁵⁷⁶.

Por sua vez, no que diz respeito à tarifa, merecem menção, entre outros, o art. 9º, que estabelece a forma de fixação e revisão da tarifa; o art. 18, inciso VIII, que manda incluir entre as cláusulas do edital a referente aos “critérios de reajuste e revisão da tarifa”;

⁵⁷³ *Idem.*

⁵⁷⁴ Lei nº 8.987/95 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm Acesso em: 02/03/2013.

⁵⁷⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁵⁷⁶ Lei nº 8.987/95 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm Acesso em: 02/03/2013.

e o art. 23, inciso IV, que inclui entre as cláusulas essenciais do contrato a relativa ao “preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas”⁵⁷⁷.

Por outro lado, ainda a respeito do conceito legal de Concessão, cabe lembrar que nele estão mencionadas algumas formalidades que não compõem o seu conceito doutrinário; trata-se dos requisitos relativos à “licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho”. Ainda que não houvesse essas exigências, poder-se-ia ter um Contrato de Concessão. Na realidade, o conceito legal, além de imperfeito, é inútil, tendo em vista que as características nele apontadas já decorrem de outros dispositivos da lei⁵⁷⁸.

Um pouco mais precisa é a definição que se contém na Lei paulista nº 7.835, de 08/05/1992, cujo art. 2º, inciso III, define a concessão de serviço público como “a delegação contratual, a empresa individual ou coletiva ou a consórcio de empresas, da prestação de serviço público, por sua conta e risco e por prazo certo, remunerada basicamente pela cobrança de tarifas dos usuários”⁵⁷⁹. Falta apenas fazer referência à possibilidade de outras formas de remuneração, decorrentes da própria exploração do serviço, como característica surgida mais modernamente, com a evolução do instituto da concessão.

Daí conceitua-se a Concessão de Serviço Público como o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço⁵⁸⁰.

Tal modalidade de aliança, constrói-se sobre duas ideias antitéticas, cujo equilíbrio constitui toda a Teoria do Contrato de Concessão, trata-se de um lado, de um serviço público que deve funcionar no interesse geral e sob a autoridade da

⁵⁷⁷ *Idem.*

⁵⁷⁸ ARRUDA, Rodrigo Vieira das Neves de. (et. al.) **Alianças entre o Setor Público e o Setor Privado**. Rio de Janeiro: Grupo Ibmecc. 2014.

⁵⁷⁹ Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/norma/?id=43375> Acesso em: 03/03/2014.

⁵⁸⁰ ARRUDA, Rodrigo Vieira das Neves de. (et. al.) **Alianças entre o Setor Público e o Setor Privado**. Rio de Janeiro: Grupo Ibmecc. 2014.

Administração; de outro lado, de uma empresa capitalista que comporta, no pensamento daquele que está a sua testa, o máximo de proveito possível.

Do duplo aspecto da concessão ainda decorre outra peculiaridade: a submissão da empresa concessionária a um regime jurídico híbrido. Como empresa privada, ela atua, em regra, segundo as normas de direito privado, no que diz respeito a sua organização, a sua estrutura, a suas relações com terceiros, ao regime de trabalho de seus empregados, submetido à CLT; como prestadora de um serviço público, sua relação com a Administração concedente se rege inteiramente pelo direito público, já que a concessão é um contrato tipicamente administrativo⁵⁸¹.

Em matéria de responsabilidade civil por danos causados a terceiros, submetem-se à norma do art. 37, §6º, da Constituição (responsabilidade objetiva). Também seu patrimônio fica submetido a regime jurídico híbrido: como empresa privada, ela dispõe de bens particulares, que podem ser objeto de qualquer relação jurídica regida pelo direito privado, como alienação, locação, permuta, penhora, usucapião etc⁵⁸².

Como concessionária de serviço público, ela dispõe de uma parcela de bens afetados à prestação de serviço, os quais, por serem indispensáveis à continuidade do serviço público, podem ser considerados coisas *extra commercium* e, portanto, fora do comércio jurídico de direito privado; são coisas inalienáveis, impenhoráveis, imprescritíveis, como os bens públicos pertencentes às pessoas jurídicas de direito público⁵⁸³.

Ao concessionário são outorgadas algumas prerrogativas próprias do poder público, algumas delas previstas na Lei nº 8.987, como a de “promover desapropriação e constituir servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato” (art. 31, IV); a de exercer o poder de polícia em relação aos bens vinculados à

⁵⁸¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁵⁸² *Op. Cit.*

⁵⁸³ ARRUDA, Rodrigo Vieira das Neves de. (*et. al.*) **Alianças entre o Setor Público e o Setor Privado**. Rio de Janeiro: Grupo Ibmecc. 2014.

prestação do serviço (art. 31, VII); a de “captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço” (art. 31, VIII)⁵⁸⁴.

E ainda, a de fazer a subconcessão, nos termos previstos no contrato de concessão, hipótese em que “o subconcessionário se sub-rogará todos os direitos e obrigações do subconcedente, dentro dos limites da subconcessão” (art. 26, § 2º), o que significa que o subconcedente assumirá todos os encargos de poder concedente definidos no art. 29, além de outros direitos e deveres nela previstos, desde que não ressalvados expressamente pelo poder concedente, ao autorizar a subconcessão⁵⁸⁵.

O concessionário fica sujeito a todos os princípios pertinentes à execução de serviços públicos, em especial os da continuidade, mutabilidade do regime jurídico, igualdade dos usuários, além de outros indicados no art. 6º, § 1º, da Lei nº 8.987/95.

O princípio da continuidade do serviço público significa ser impossível a interrupção do serviço, por iniciativa do concessionário, a não ser em hipóteses estritas previstas em lei e no contrato⁵⁸⁶.

Quanto ao princípio da mutabilidade, significa que as cláusulas regulamentares do contrato podem ser unilateralmente alteradas pelo poder concedente para atender a razões de interesse público⁵⁸⁷.

Já em consonância com o princípio da igualdade perante o serviço público – que constitui aplicação do princípio da igualdade de todos perante a lei – os usuários que satisfaçam às condições legais fazem jus à prestação do serviço. Por outras palavras, a prestação do serviço deve ser igual para aqueles que se encontrem em igualdade de situações⁵⁸⁸.

⁵⁸⁴ Lei nº 8.987/95 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm Acesso em: 02/03/2013.

⁵⁸⁵ *Idem*.

⁵⁸⁶ ARRUDA, Rodrigo Vieira das Neves de. (et. al.) **Alianças entre o Setor Público e o Setor Privado**. Rio de Janeiro: Grupo Ibmecc. 2014.

⁵⁸⁷ *Op. Cit.*

⁵⁸⁸ *Op. Cit.*

A Lei nº 8.987 não contém norma específica sobre limite de prazo nas concessões de serviços públicos e de obras públicas. Apenas exige que o prazo seja determinado (art. 2º, incisos II e III) e que o edital de licitação (art. 18, I) e o contrato (art. 23, I) indiquem o prazo de concessão.

Quanto à prorrogação do contrato, é ela possível desde que prevista no edital e no contrato, ainda que a Lei nº 8.987 só contenha a menção a essa exigência no art. 23, inciso XII, entre as cláusulas essenciais ao contrato de concessão. Como os prazos das concessões são, em regra, bastante longos, a prorrogação somente se justifica em situações excepcionais, para atender ao interesse público devidamente justificado ou mesmo na hipótese em que o prazo originariamente estabelecido se revele insuficiente para amortização dos investimentos⁵⁸⁹.

O modo normal de extinção do contrato é o término do prazo. Os demais modos, indicados no art. 35 da Lei nº 8.987, são anormais, porque implicam a extinção antes do prazo estabelecido no contrato⁵⁹⁰.

A rigor, pode-se dizer que as formas de extinção não são muito diversas das dos demais contratos administrativos, com a peculiaridade de que, na concessão, algumas têm denominação própria, como ocorre com a rescisão unilateral por motivo de interesse público, que é chamada de encampação; e com a rescisão por inadimplemento que, na concessão, é chamada de caducidade⁵⁹¹.

A encampação nada mais é do que a rescisão unilateral do contrato pela Administração Pública por razões de interesse público; não se trata de inadimplemento contratual; o contrato vem sendo cumprido a contento, porém não mais interessa sua manutenção à Administração. Evidentemente, a Administração tem de motivar adequadamente a encampação, indicando a razão dessa decisão; não basta dizer que o faz por motivo de interesse público; ela tem que detalhar, que indicar e comprovar a

⁵⁸⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁵⁹⁰ *Op. Cit.*

⁵⁹¹ *Op. Cit.*

ocorrência do motivo. A encampação dá direito a uma compensação pecuniária por parte do concessionário⁵⁹².

PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

O vocábulo “permissão” possui um sentido amplo, que designa o ato administrativo unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, pelo qual a Administração Pública faculta ao particular a execução de serviço público ou a utilização privativa de bem público por terceiros. Seu objeto é a execução de serviço público ou a utilização privativa de bem público. Daí sua dupla acepção: permissão do serviço público e permissão de uso⁵⁹³.

A forma pela qual a permissão se distingue da concessão sempre esteve em sua diversa natureza: enquanto a concessão é contrato e, portanto, instituto que assegura maior estabilidade ao concessionário, em função do estabelecimento de direitos e deveres recíprocos, especialmente decorrentes do estabelecimento de um prazo, a permissão é ato unilateral, discricionário e precário, não envolvendo, por isso mesmo, qualquer direito do particular contra a Administração Pública⁵⁹⁴.

Outra forma de distinção entre concessão e permissão é quanto aos sentidos do vocábulo precariedade: a) de um lado, significa que o ato é revogável a qualquer tempo, por iniciativa da Administração; b) de outro lado, significa outorga sem prazo estabelecido e, portanto, revogável a qualquer momento pela Administração, sem direito a indenização⁵⁹⁵.

A precariedade que está presente na concessão e na permissão corresponde àquele primeiro sentido, ou seja, a possibilidade de revogação, a todo momento, do ato

⁵⁹² *Idem.*

⁵⁹³ ARRUDA, Rodrigo Vieira das Neves de. (et. al.) **Alianças entre o Setor Público e o Setor Privado**. Rio de Janeiro: Grupo Ibmec. 2014.

⁵⁹⁴ *Op. Cit.*

⁵⁹⁵ ARRUDA, Rodrigo Vieira das Neves de. (et. al.) **Alianças entre o Setor Público e o Setor Privado**. Rio de Janeiro: Grupo Ibmec. 2014.

jurídico, seja ele unilateral ou bilateral, pela Administração. Mesmo no de contrato, em que a fixação de prazo é obrigatória, como é o caso da concessão, essa possibilidade existe sempre; uma das características dos contratos administrativos em geral e que constitui uma de suas cláusulas exorbitantes é precisamente a possibilidade de rescisão unilateral, pela Administração, por razões de interesse público. Isto, que sempre foi reconhecido pela doutrina, consta hoje do direito positivo⁵⁹⁶.

No segundo sentido, de outorga sem prazo, a precariedade não está presente na concessão, pelo fato de que a Lei nº 8.666, no art. 57, § 3º, proíbe a celebração de contratos sem prazo estabelecido e o art. 23, inciso I, da Lei nº 8.987 inclui a indicação do prazo como cláusula essencial do contrato de concessão; na realidade, o prazo é essencial na concessão tendo em vista que em função dele pode variar o valor da tarifa, para estabelecimento do inicial equilíbrio econômico-financeiro; quanto maior o prazo, menor poderá ser a tarifa, já que maior será o tempo para recuperação dos investimentos por parte do concessionário⁵⁹⁷.

Alguns autores aceitam a possibilidade de fixação de prazo na permissão; é a modalidade que Hely Lopes Meirelles⁵⁹⁸ denomina de permissão condicionada e José Cretella Júnior⁵⁹⁹ de permissão qualificada.

A Lei nº 8.987 em nada ajudou a distinguir os dois institutos. No art. 2º, inciso IV, define a permissão de serviço público como “a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco”. No art. 40, determina que “a permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente”. O Parágrafo Único manda aplicar às permissões o disposto na lei⁶⁰⁰.

⁵⁹⁶ *Op. Cit.*

⁵⁹⁷ *Op. Cit.*

⁵⁹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016. Pág. 354.

⁵⁹⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986. Pág. 113.

⁶⁰⁰ ARRUDA, Rodrigo Vieira das Neves de. (*et. al.*) **Alianças entre o Setor Público e o Setor Privado**. Rio de Janeiro: Grupo Ibmecc. 2014.

Pelos dois dispositivos conjugados, verifica-se que foram indicadas como características da permissão: a) a precariedade no ato de delegação, b) a natureza de contrato de adesão; c) a revogabilidade unilateral pelo poder concedente; d) a possibilidade de a permissão ser feita a pessoa física ou jurídica, o que não está previsto para a concessão⁶⁰¹.

AUTORIZAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

O art. 175 da Constituição faz referência apenas à concessão e à permissão como formas de prestação de serviços públicos, mas o art. 21, incisos XI e XII, arrola os serviços que a União pode executar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão. Além disso, na legislação ordinária e na doutrina a autorização é mencionada também como forma de delegação de serviços públicos ao lado da permissão e da concessão, razão pela qual cumpre estudá-la.

No Direito brasileiro, a autorização administrativa tem várias acepções. Num primeiro sentido, designa ato unilateral e discricionário pelo qual a Administração faculta ao particular o desempenho de atividade material ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos. Trata-se da autorização como ato praticado no exercício do poder de polícia⁶⁰².

Nesse sentido, a autorização abrange todas as hipóteses em que o exercício de atividade ou a prática de ato são vedados por lei ao particular, por razões de interesse público concernentes à segurança, à saúde, à economia ou outros motivos concernentes à tutela do bem comum. Contudo, fica reservada à Administração a faculdade de, com base no poder de polícia do Estado, afastar a proibição em determinados casos concretos, quando entender que o desempenho da atividade ou a prática do ato não se apresenta nocivo ao interesse da coletividade⁶⁰³.

⁶⁰¹ *Op. Cit.*

⁶⁰² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

⁶⁰³ *Op. Cit.*

Precisamente por estar condicionada à compatibilidade com o interesse público que se tem em vista proteger, a autorização pode ser revogada a qualquer momento, desde que essa compatibilidade deixe de existir⁶⁰⁴.

Na segunda acepção, a autorização é o ato unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público faculta ao particular o uso privativo de bem público, a título precário. Trata-se da autorização de uso⁶⁰⁵.

Na terceira acepção, que ora interessa, autorização é o ato administrativo unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público delega ao particular a exploração de serviço público, a título precário.

A autorização de serviço público está prevista no art. 21, incisos XI e XII, da Constituição que confere à União competência privativa para explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: os serviços de telecomunicações; os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens; os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária⁶⁰⁶.

Com efeito, ao afirmar que a Permissão se constituiu como se fora Autorização, o jurista está apontando uma característica comum aos dois institutos: ambos são outorgados por ato administrativo unilateral, discricionário e precário. E, ao afirmar que a permissão é exercida como se fora concessão, está apontando também uma característica comum a ambas que não existe na autorização: a outorga de prerrogativas públicas ao concessionário e ao permissionário⁶⁰⁷.

⁶⁰⁴ *Op. Cit.*

⁶⁰⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁶⁰⁶ *Op. Cit.*

⁶⁰⁷ *Op. Cit.*

Isto ocorre porque a Autorização de serviço público é dada no interesse exclusivo do particular que a obtém; ele não exerce uma atividade que vá ser usufruída por terceiros, mas apenas por ele mesmo.

Totalmente diferente é o que ocorre na Permissão e na Concessão, em que o Poder Público delega ao particular uma atividade que vai atender a necessidades coletivas, definida em lei como serviço público e, por isso mesmo, deve ser apresentada sob regime jurídico parcialmente público, à medida que o concessionário e o permissionário estarão sujeitos aos princípios inerentes à prestação de serviços públicos e exercerão as prerrogativas públicas que lhe forem conferidas pela lei e pelo contrato, ao contrário do que ocorre na autorização, à qual não se aplicam nem os princípios referidos nem as prerrogativas públicas⁶⁰⁸.

Contudo, as modalidades de aliança hoje existentes, acima abordadas, não têm se mostrado capazes de garantir a prestação dos serviços públicos relativos aos direitos sociais com a eficácia necessária. Portanto, mostra-se necessária uma nova proposta de aliança entre os setores. Para isso, parte-se da Constituição de 1988 e da regulação do setor petrolífero⁶⁰⁹.

Desse modo o que se busca, resumidamente, é que o Setor Privado passe a gerir em conjunto com o Setor Público todos os serviços públicos relacionados aos direitos sociais. De modo que o Estado cuide da administração de pessoal, das diretrizes político-institucionais, da definição do orçamento público destinado a cada serviço e da fiscalização do parceiro privado. Enquanto que o parceiro privado seja o responsável por gerir o orçamento público e, ainda, aporte recursos do setor privado na consecução da atividade.

⁶⁰⁸ ARRUDA, Rodrigo Vieira das Neves de. (et. al.) **Alianças entre o Setor Público e o Setor Privado**. Rio de Janeiro: Grupo Ibmec. 2014.

⁶⁰⁹ CASTRO, Paulo Rabello de. **O mito do Governo Grátis: o mal das políticas econômicas ilusórias e as lições de 13 países para o Brasil Mudar**. 1 ed. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2014.

Para melhor elucidar a questão, e para poder aprofundá-la, toma-se como exemplo o direito à educação. Mais especificamente uma instituição pública de ensino (seja creche, escola ou universidade) de qualquer dos Entes Federados.

O gestor público será o responsável pela coordenação dos servidores e eventuais terceirizados, pelo programa das disciplinas, pela definição do cardápio da merenda escolar, entre outras atividades, além de fiscalizar o parceiro privado e aprovar, ou não, as propostas de alocação de receitas por ele realizadas. E o parceiro privado será o responsável por gerir o orçamento da instituição a fim de garantir a manutenção e modernização das instalações, dos veículos, do acervo bibliotecário e etc. além de aportar recursos do setor privado, a fim de complementar o orçamento da instituição, e tornar possível o custeio de todas as despesas da mesma.

Cumprе esclarecer que tal parceria não deve ser realizada apenas para a prestação dos serviços públicos. Mas deve acontecer, também, nos órgãos planejadores destes, como nos ministérios e secretarias de Estado, pois mostra-se necessário que o parceiro privado apresente um plano de Governança, contendo uma espécie de manual de boas práticas para o setor⁶¹⁰, bem como a real necessidade de pessoal, a fim de se reduzir os cargos comissionados a um número razoável. Isso tudo, deverá ser submetido não somente ao gestor público, como também à sociedade, mediante consultas ou audiências públicas.

Além dessa gestão compartilhada do orçamento destinado ao custeio dos direitos sociais, mostra-se interessante que o Estado conceda à iniciativa privada a execução das atividades não finalísticas, como, por exemplo, a administração de estádios e ginásios esportivos, de autódromos, de parques e etc. Desde que o contrato de concessão preveja um bom uso das receitas alternativas e não haja um maior custo ao usuário final, do que em comparação à gestão estatal.

⁶¹⁰ Nesse sentido, merece ser registrado que a Espanha se utiliza de manuais de boas práticas nos mais diversos setores públicos, como, v.g., Turismo, Gestão de Resíduos, Combustíveis, Energia, Infraestrutura, Gestão Ambiental e etc. A cerca da Gestão Ambiental visitar: <http://www.mapama.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/temas/red-de-autoridades-ambientales-raa-/sensibilizacion-medioambiental/manuales-de-buenas-practicas/> Acesso em: 10/03/2018.

Recomenda-se a concessão, não por acaso: poder-se-ia pensar na figura da privatização, tão característica do Neoliberalismo. Entretanto, ao se privatizar um bem público o Estado perde grande parte ou a totalidade⁶¹¹ do controle sobre sua administração. Já na concessão, não há esse problema, o Estado continua titular do bem, e se o concessionário não o administrar de forma satisfatória o ente público retoma a gestão, o que garante maior segurança não só ao Estado, mas também ao cidadão usuário/frequentador.

É claro que não se pode pensar em qualquer agente do setor privado tornando-se parceiro do Estado para tal gestão compartilhada, pois que deve ser alguém que demonstre *expertise* na gestão de recursos e capacidade técnica para tanto. Podendo se utilizar de procedimento similar ao licitatório para a escolha do parceiro privado para cada instituição/ órgão estatal. Sendo recomendada a participação da sociedade nessa escolha. Seja através de audiências ou consultas públicas, bem como da utilização de plebiscitos ou referendos.

Cabe retornar aqui, ao fato de que a empresa deve ser exercida com a observância de sua função social, que é diferente de uma função de assistência social. Desse modo, para que seja possível se exigir do Setor Privado que realize aportes significativos no custeio dos direitos sociais mostra-se necessária uma reforma tributária que, ao mesmo tempo, diminua a carga tributária e redistribua melhor a arrecadação fiscal entre os Entes Federativos.

A aproximação há de ser iniciada a partir do Direito Tributário inscrito na Constituição. Os princípios constitucionais tributários gravitam em torno da segurança jurídica do contribuinte, instrumentalizada pelos princípios da estrita legalidade, anterioridade nonagesimal, não confisco, capacidade contributiva, progressividade, entre outros⁶¹².

⁶¹¹ A depender da existência de *Golden Share*.

⁶¹² CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 29 Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

Dito isso, veja-se que Ricardo Pires Calciolari traz à baila uma possível função redistributiva do tributo baseado no conceito de capacidade contributiva⁶¹³, mostrando que hoje as críticas em torno da progressividade, como fator de redistribuição de renda social, transcendem a esfera tributária indo para a seara financeira e, mais especificamente, às decisões políticas de alocação do gasto público. Afirma Ricardo Pires Calciolari:

a tributação progressiva sobre o consumo em termos individuais é, por sua própria natureza, regressiva (...) uma tributação equânime, em bases proporcionais, com gastos públicos distributivos já seria suficiente para garantir o fim de redução das desigualdades do nosso Estado Social⁶¹⁴.

Para além da celeuma, Calciolari afirma que a progressividade, se corretamente aplicada – em relação ao *quantum* e à forma de incidência – e se somada a outros elementos, tais como base de cálculo e deduções não só não afetam a igualdade na tributação, como também contribuem para uma efetiva redistribuição de renda, desde que tenham como contrapartida os gastos públicos aplicados no social⁶¹⁵.

Pois bem, avançando em relação à necessidade de uma tributação sustentável, deve ser dito que embora quando se fale em “sustentabilidade” logo se pense em meio-ambiente, existem diversos outros recortes que podem ser dados à questão.

Numa perspectiva econômica, sustentabilidade é a busca pelo equilíbrio entre a utilização de recursos naturais e a produção de riqueza. Nesse sentido, leia-se Ademar Ribeiro Romeiro acerca do tema:

No esquema analítico convencional, o que seria uma economia da sustentabilidade é visto como um problema, em última instância, de alocação intertemporal de recursos entre consumo e investimento por

⁶¹³ A respeito da Capacidade Contributiva, Paulo de Barros Carvalho registra que “A capacidade contributiva do sujeito passivo sempre foi o padrão de referência básico para aferir-se o impacto da carga tributária e o critério comum dos juízos de valor sobre o cabimento e a proporção do expediente impositivo. Mensurar a possibilidade econômica de contribuir para o erário com o pagamento de tributos é o grande desafio de quantos lidam com esse delicado instrumento de satisfação dos interesses públicos e o modo como é avaliado o grau de refinamento dos vários sistemas de direito tributário”. (CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 29 Ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Pág. 188).

⁶¹⁴ CALCIOLARI, Ricardo Pires. **Progressividade tributária, segurança e justiça fiscal**. In: **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, ano 15, n° 76, set/out 07. Págs. 198 e 219.

⁶¹⁵ *Op. Cit.*

agentes econômicos racionais, cujas motivações são fundamentalmente maximizadoras de utilidade⁶¹⁶.

Para tanto faz-se necessária uma reforma tributária, pois que com o atual sistema tributário brasileiro será muito difícil uma gestão compartilhada, como aqui abordada, que se mostre economicamente sustentável. Embora não seja o foco do presente trabalho apresentar como seria essa reforma tributária, merece ser destacado que diversos outros fatores, para além dos abordados aqui, já evidenciam a necessidade premente da reforma tributária. Basta ver que o sistema tributário nacional trabalha com uma lógica muito próxima de um Estado unitário.

Parece que, assim como ocorreu com a República, o fato de o Brasil ter passado de Estado Unitário para Federação, repentinamente e de forma impositiva - através de lei, gerou uma contradição político-econômica no País, que ainda apresenta fortes traços de Estado Unitário, e o sistema tributário é um deles, pois que concentra a maior parte da arrecadação para a União Federal. Assim, é preciso uma reforma tributária que, além de buscar uma tributação mais sustentável, realmente homenageie o pacto federativo.

Desse modo, o que se busca ao preconizar a tributação sustentável e a necessidade de uma reforma tributária no Brasil, é o equilíbrio/proporcionalidade na tributação a fim de garantir o crescimento econômico do País e, até mesmo, aumentar os recursos disponíveis para se empregar nos direitos sociais. Pois a tributação excessiva impede o crescimento econômico e gera desemprego⁶¹⁷, indo de encontro com os princípios constitucionais da ordem econômica e social. Sem contar com o fato de que diminui a arrecadação estatal, e aumenta os gastos públicos com assistência social.

Para além disso, a atual repartição das receitas fiscais, já tratada neste trabalho, fere o princípio federativo. Uma vez que o sistema federativo trazido pela Constituição

⁶¹⁶ ROMEIRO, Ademar Ribeiro. **Economia ou economia política da sustentabilidade?** Texto para discussão. Instituto de Economia (IE). Campinas: UNICAMP, 2001. Pág. 2.

⁶¹⁷ Em virtude do recorte adotado nesse trabalho não se aprofundará a questão. Caso seja desejado o aprofundamento recomenda-se: CASTRO, Paulo Rabello de. **O mito do Governo Grátis: o mal das políticas econômicas ilusórias e as lições de 13 países para o Brasil Mudar**. 1 ed. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2014. E PIKETTY, Thomas. **A Economia da Desigualdade**. Trad. André Telles, 1 ed. Rio de Janeiro: intrínseca: 2015.

de 1988 conferiu autonomia à União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Define o art. 18 da nossa Carta Magna:

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. (...) ⁶¹⁸.

Nesse sentido, Celso Ribeiro Bastos afirma que os Municípios serem tratados como entes federados ⁶¹⁹, “é uma peculiaridade nacional, sendo que em nenhuma outra nação se encontra o Município, como tal, constitucionalmente reconhecido como peça do regime federativo” ⁶²⁰.

Feita a menção acima, deve ser retomada a questão referente à necessidade de reforma tributária também em respeito ao pacto federativo, vez que a atual distribuição das receitas fiscais impede que os entes federados sejam realmente autônomos. Um Estado ou Município que dependa de repasses federais para manter-se não pode ser considerado autônomo. Tal repartição da arrecadação fiscal contribui para que o Brasil, na prática, se mantenha como um Estado Unitário, daí a necessidade de uma reforma tributária.

Contudo, tal reforma não requer alterar o sistema tributário nacional por inteiro, mas deve-se buscar torná-lo mais equilibrado. Tanto no que diz respeito à distribuição equitativa da carga tributária entre os contribuintes, quanto à distribuição das receitas fiscais arrecadas entre os entes federados.

Apesar das considerações acima, e de se defender a necessidade de uma reforma tributária no Brasil, a sua concretização parece pouco viável em curto/médio prazo.

⁶¹⁸ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. 2018.

⁶¹⁹ Merece ser registrado que Pierre-Joseph Proudhon já defendia “todo poder ao município” em pleno século XIX. PROUDHON, Pierre-Joseph. **Idée Générale De La Revolution Au Xixe Siecle: (choix D'études Sur La Pratique Révolutionnaire Et Industrielle)**... Paris: Nabu Press, 2012.

⁶²⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. Pág. 32.

Assim, sua não realização em quase nada impede que a proposta de Capitalismo Solidário ora tratada seja implementada. Apenas deve-se ter em mente que ela funcionaria melhor com uma tributação mais equilibrada.

Muito embora possa ser desejável uma regulação específica para a questão, a falta de tal legislação não obsta que a proposta ora trazida seja posta em prática. Isso porque o atual arcabouço legislativo pátrio, se bem observado consegue dar conta da questão de forma satisfatória.

Nessa esteira, deve ser trazido à tona que não há como se interpretar uma norma em separado. Deve sempre utilizar-se do método sistemático⁶²¹, isto é, analisar as normas jurídicas entre si. Pressupondo que o ordenamento é um todo unitário, sem incompatibilidades⁶²². Tal método permite escolher o significado da norma que seja coerente com o conjunto. Principalmente devem ser evitadas as contradições com normas superiores e com os princípios gerais do direito⁶²³.

Desse modo, se juntarem-se os princípios constitucionais da ordem econômica, o tratamento constitucional dos direitos sociais, os institutos de direito administrativo e a regulação do setor petrolífero pátrio pode-se encontrar fundamento jurídico para todos os itens da proposta em questão, inclusive para sua aplicabilidade sem reforma tributária.

Nesse sentido, se juntar-se o plebiscito e o referendo (art. 14 da CRFB/88), a função social da empresa, a responsabilidade social, o orçamento participativo⁶²⁴, a cláusula de conteúdo local, à obrigatoriedade de se investir em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D), a obrigatoriedade de audiências e consultas públicas e o

⁶²¹ Não se quer dizer com isso, que os demais métodos são insignificantes, mas sim, deve-se imprescindivelmente utilizar o método sistemático, seja sozinho, ou em conjunto com outros.

⁶²² VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2005.

⁶²³ O método sistemático é o mais importante para uma interpretação válida, pois impede que as normas jurídicas sejam interpretadas de modo isolado, exigindo que todo o conjunto seja analisado simultaneamente à interpretação de qualquer texto normativo. Assim, não podemos buscar o significado de um artigo de uma lei ou de um código isoladamente. Deve ser analisado em sintonia com a Constituição e as demais normas jurídicas. ROBLES, Gregório. **Teoría Del Derecho Vol II: Fundamentos de Teoría Comunicacional Del Derecho**. Pamplona – Espanha: Civitas Ediciones. 2015.

⁶²⁴ Tratado como obrigatório nos municípios pelo Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01) em seus arts. 4º, III, “f” e 44.

respeito às melhores práticas da indústria internacional do petróleo, pode-se perfeitamente fundamentar a Gestão Compartilhada.

De modo que o setor privado não apenas possa gerir, em parceria com a sociedade e o setor público, os orçamentos dos segmentos relacionados aos direitos sociais, como se possa estabelecer um percentual obrigatório para o setor privado investir no custeio dos direitos sociais, em complemento aos recursos públicos⁶²⁵⁶²⁶.

Por fim, no que toca à recomendação de se conceder o que não for atinente à atividade-fim do Estado, utilizar-se-á dos instrumentos licitatórios constantes na legislação vigente, sem necessidade de qualquer alteração para fazê-lo.

Tratado disso, resta uma última consideração, que diz respeito ao controle no Capitalismo Solidário. Partindo-se da premissa de Hobbes de que o ser humano é mau, no sentido de que não mede esforços para satisfazer seus desejos pessoais⁶²⁷, o controle das políticas públicas mostra-se de extrema importância.

Não pode ser diferente no caso em questão, tendo em vista a proposta sob exame trata de uma gestão orçamentária dúplice, o controle, tanto interno pelas Controladorias, Corregedorias, Ouvidorias e demais órgãos, quanto externo, pelos Tribunais de Contas, pelo Ministério Público, pelo Judiciário, entre outros, se mostra de grande relevância para evitar o mau uso dos recursos públicos, fraude e a corrupção.

Nessa linha, merece ser lembrada também, a importância da transparência e do “controle social” dos atos administrativos. O controle social não é um assunto novo. Entretanto a maioria da sociedade desconhece as ferramentas de participação social. Há vários instrumentos de participação social, como conselhos de políticas públicas, observatório social, orçamento participativo, ouvidoria e audiências públicas⁶²⁸. Esses

⁶²⁵Para além disso, respeito às melhores práticas da indústria internacional do petróleo pode fundamentar a elaboração dos Manuais de Boas Práticas já referenciados.

⁶²⁶ Evidentemente que até ser possível uma reforma tributária que onere menos o setor privado, o percentual de investimento nessa complementação será menor, sendo aumentado, gradativamente, conforme haja uma carga tributária menor.

⁶²⁷ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

⁶²⁸ BIZERRA, André Luiz Villagelim. **Governança no setor público**: a aderência dos relatórios de gestão do Poder Executivo municipal aos princípios e padrões de boas práticas de governança. 2011. 124f.

mecanismos de aproximação do cidadão com o poder público, ainda não são totalmente conhecidos pela sociedade⁶²⁹.

Assim como o orçamento participativo, a Ouvidoria apresenta-se como um instrumento de participação que precisa proporcionar resoluções e não servir como meio de legitimar as ações contrárias aos interesses públicos, através de simples mecanismos absorção das reclamações dos cidadãos.

Quanto ao controle social, o fator negativo nos instrumentos de participação diz respeito a sua utilização para atender determinações legais como o caso do conselho de políticas públicas e da audiência pública, servindo apenas para ratificar a opinião dos administradores, distanciando de sua finalidade que é ouvir a sociedade e promover a participação social.

Embora o envolvimento da sociedade nas discussões promovidas pelas audiências públicas contribua para a definição de planos de ação condizente com as perspectivas sociais, o processo de conscientização da sociedade quanto à importância da população utilizar os instrumentos de participação é um processo de longo prazo. Diversas medidas precisam ser implantadas para o atingimento de melhorias neste cenário. Os diversos segmentos sociais necessitam ser alcançados para a obtenção da participação de uma amostra significativa da população⁶³⁰.

No que toca aos mecanismos estatais de controle, seja interno ou externo, também existem diversos problemas, como a burocracia/ineficiência, e a tradicional discussão sobre Discricionariedade *versus* Conceitos Jurídicos Indeterminados, e a possibilidade de controle sobre ambos, que daria um trabalho inteiro e ainda não esgotaria a questão, bem como a problemática da discricionariedade técnica, própria da regulação⁶³¹.

Dissertação (Mestrado em Ciências Contábeis) – Faculdade de Administração e Finanças, Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro: UERJ, 2011.

⁶²⁹ *Op. Cit.*

⁶³⁰ *Op. Cit.*

⁶³¹ A esse respeito recomenda-se: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Conceitos indeterminados e discricionariedade administrativa.** *In:* Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, nº 12, ano 3, São Paulo, jul-set. 1995. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **As agências reguladoras.** *In:* Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 46, São Paulo, jan-mar. 2004. QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **A**

Entretanto, deve-se ter em mente que a missão constitucional dos órgãos de controle é garantir a esmerada gestão dos recursos financeiros e humanos com vistas a assegurar que os objetivos da Administração Pública sejam alcançados de forma regular e proba⁶³².

Nessa linha, em que pesem os recentes casos de corrupção e desvio de poder no Brasil, bem como os grandes desafios para que não ocorram novamente, é possível se garantir a utilização do modelo de Estado aqui proposto como forma de se dar maior efetividade aos direitos sociais previstos na Constituição da República.

Teoria do Desvio de Poder do Direito Administrativo. *In*: Revista de Direito Administrativo. V.6. Rio de Janeiro 1946. SEABRA FAGUNDES, Miguel. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário.** 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1984. ROMAN, Flavio José. **Discricionariedade técnica na regulação econômica.** São Paulo: Saraiva, 2013. ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **A configuração e reconfiguração do princípio da legalidade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

⁶³² JATAHY, Carlos Roberto de Castro. **O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito: Perspectivas Constitucionais da Atuação Institucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juirs, 2007.

CONCLUSÃO

Conforme foi mostrado ao longo do presente trabalho, as alternâncias entre modelos de Estado Liberais e Sociais não surtiu o efeito de estabilização político-econômica esperado, gerando crises e mudanças de um polo para o outro, isto é, Estado Liberal – Estado Social – Estado Neoliberal. Desse modo, a proposta aqui trazida visa justamente interromper esse ciclo com a instituição de um modelo de Estado que una características do Liberalismo e do Estado Social, a fim de que haja um equilíbrio político-econômico e tal modelo perdure por muito mais tempo.

Para tanto, trazemos à baila a regulação do Setor Perolífero nacional, pois que nela temos um exemplo de interação e cooperação entre o Setor Público e o Privado, que vai muito além das PPPs, sendo verdadeira gestão compartilhada.

Tomando por base tal marco regulatório, juntamente com os princípios constitucionais da ordem econômica, o tratamento constitucional dos direitos sociais e os institutos de direito administrativo pátrio, este estudo apresenta uma proposta na qual o setor privado não apenas possa gerir, em parceria com a sociedade e o setor público, os orçamentos dos segmentos relacionados aos direitos sociais, como se possa estabelecer um percentual obrigatório para o setor privado investir no custeio dos direitos sociais, em complemento aos recursos públicos

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- _____. **Declaração de Quito.** Disponível em: <http://www.pidhdd.org/quito.htm>. Acesso em: 20/06/2017.
- _____. **Dicionário Eletrônico Aurélio** Versão 5.0.18.
- _____. KEYNES. Disponível em: www.economiabr.net/teoria_escolas/teoria_keynesiana.html. Acesso em: 25/01/2017.
- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**; trad. Alfredo Bosi. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS (ANP). Disponível em: < <http://www.anp.gov.br/>>, Acesso em: 09/06/2014.
- ALESP, Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, **Lei Estadual nº 7.835/1992.** Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/norma/?id=43375> Acesso em: 03/03/2014.
- AMARO, Fernando Pereira. **O serviço público sob a perspectiva da garantia constitucional de direitos humanos fundamentais.** In: Revista de Direito Constitucional e internacional. São Paulo: RT.Vol. 50. Ano 13. Janeiro – Março.
- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- ARAUJO, Clarice Von Oertzen de. **Semiótica do Direito.** São Paulo: Quartier Latin. 2005.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva. 1998.
- ARENDRT, Hannah. **Sobre a Revolução.** Tradução de I. Moraes. Lisboa. Relógio D'Água Editores, 2001.
- ARRIGUI, Giovanni. **O longo século XX.** 2 ed. São Paulo: Unesp. 1996.
- ARRUDA, Rodrigo Vieira das Neves de. (et. al.) **Alianças entre o Setor Público e o Setor Privado.** Rio de Janeiro: Grupo Ibmecc. 2014.
- _____. **O Regime de Partilha de Produção Brasileiro.** In: Jerson Carneiro Gonçalves Júnior; Márcio Sette Fortes; Marco Aurélio de Sá Ribeiro; Vânia Siciliano Aieta. (Org.). **Infraestrutura e o Futuro do Brasil no Século XXI.** 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado.** 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo:

Globo, 2008.

BAKAS, Adiedj. **Além da Crise: O Futuro do Capitalismo**. Trad. Sergio Alberto Rosenwald. Rio de Janeiro: Qualitymark: 2010.

BALERA, Wagner. **Noções Preliminares de Direito Previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

_____. **Sistema de seguridade Social**. 8ª ed. São Paulo: Ltr, 2016.

BALEEIRO, Aliomar. **Constituições Brasileiras Vol. 2** Senado Federal, Brasília, 3ª Ed. 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, **Curso de Direito Administrativo**, 26ª. Edição, São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva. 2009.

_____. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo I. 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

_____. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.

BEN-BASSAT, Avi e DAHAN, Momi. **Social rights in the Constitution and in practice**. *In: School of public policy working paper*. n. 05-03. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=407260>>. Acesso em: 22 de junho de 2017.

BERTI, Enrico. **Aristóteles no século XX**. Tradução Dion Davi Macedo. São Paulo: Edições Loyola, 1997.

BINDEMANN, Kirsten; **Production Sharing Agreement: An Economic Analysis**; *in: Oxford Institute of Energy Studies*, disponível em: <http://www.oxfordenergy.org/1999/10/production-sharing-agreements-an-economic-analysis/> Acesso em: 27/08/2014.

BIZERRA, André Luiz Villagelim. **Governança no setor público: a aderência dos relatórios de gestão do Poder Executivo municipal aos princípios e padrões de boas práticas de governança**. 2011. 124f. Dissertação (Mestrado em Ciências Contábeis) – Faculdade de Administração e Finanças, Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro: UERJ, 2011.

BNDES. Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. **Relatório I - Regimes Jurídico-Regulatórios e Contratuais de E&P de Petróleo e Gás**

Natural2010. Disponível em:
www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/.../bndes.../Relat_I-2de8.pdf Acesso em:
29/08/2014.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**, Trad. Daniela Beccaccia Versiani, 2ª ed. São Paulo: Mandarim. 2000.

_____. **Teoria Geral da Política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Org. Michelangelo Bovero, trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: 2000. 9ª reimpressão.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora UnB, 1982.

_____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política** 7ed.. Brasília: UNB. 1995.

BOEHNER, Philotheus e GILSON, Etienne. **História da Filosofia Cristã**. 13 ed. São Paulo: Vozes, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8 ed. São Paulo:Malheiros, 2007.

BOTREL, Sérgio. **Direito societário constitucional: uma proposta de leitura constitucional do direito societário**. São Paulo: Atlas, 2009.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brazil**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em:<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm>.
Acesso em 24 out.2016.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. 2018.

BRASIL ROUNDS – Edital e Contrato de Partilha. Disponível em: <<http://www.brasil-rounds.gov.br/>>. Acesso em: 01/06/2014.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos e MARCONI Nelson. **Doença Holandesa e Indústria**. Ed. FGV, Rio de Janeiro, 2010.

BRITTO, Lucas Galvão de. **Sobre o uso de definições e classificações na construção do conhecimento e na prescrição de condutas**. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). **Lógica e Direito**. São Paulo: Noeses, 2016.

CALCIOLARI, Ricardo Pires. **Progressividade tributária, segurança e justiça fiscal**. In: **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, ano 15, nº 76, set/out 07.

CAMPOS, João Mota de. **Direito comunitário: o ordenamento jurídico comunitário**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. v. 2.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador** – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994 (reimpressão).

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CARDOSO, Fernando Henrique. **A arte da política – a história que vivi**. 3. ed. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2006.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de Teoria Geral do Direito: o Construtivismo Lógico-Semântico**. São Paulo: Noeses, 2014.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 29 Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. **Direito Tributário - Fundamentos Jurídicos da Incidência**. 10 Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Direito Tributário: Linguagem e Método**. 6ª Ed. São Paulo: Noeses, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CASTRO, Paulo Rabello de. **O mito do Governo Grátis: o mal das políticas econômicas ilusórias e as lições de 13 países para o Brasil Mudar**. 1 ed. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2014.

CHEVALIER, Jean-Jacques. **História do Pensamento Político**. Tomo I, Rio de Janeiro: Guanabara, 1982.

CNMAD. Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Nosso Futuro Comum**. 1 ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1988.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, volume 1: Direito de Empresa**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Manual de Direito Comercial**. 20. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

COMPARATO, Fabio Konder. **A reforma da empresa**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Estado, Empresa e Função Social.** In: Revista dos Tribunais n. 732. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro de 1996.

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA ENERGÉTICA (CNPE), disponível em: <<http://www.mme.gov.br/web/guest/conselhos-e-comites/cnpe>> acesso em: 03/12/2014.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 1986.

CRISTÓFARO, Helgis Torres. **O Trabalho como Categoria em Economia Política.** Dissertação de Mestrado - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo: USP. 2016.

CSERES, Katalin Judit. **Competition law and consumer protection.** Kluwer Law International – USA: 2005.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público.** São Paulo: Saraiva, 2004.

DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Comparado.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Princípios constitucionais e interpretação constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do Estado.** 2ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

DE CICCIO, Cláudio; GONZAGA, Álvaro de Azevedo. **Teoria Geral do Estado e Ciência Política.** São Paulo: RT. 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, Terceirização e outras formas.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DIAS, Lúcia Lemos. **A política de segurança pública entre o monopólio legítimo da força e os direitos humanos: a experiência da Paraíba no pós 1988.** Recife: UFPE. 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 8: Direito de Empresa.** 2. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito.** Tradução de Eduardo Salgueiro. Porto Alegre: SAFE, 2005.

DYSON, Kenneth. **The state tradition in western Europe.** Nova York. Oxford University Press, 1980.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado.** 11 Ed. São Paulo: Civilização Brasileira. 1987.

EWALD, François. **L'Etat providence,** Paris: Grasset. 1983.

ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **A configuração e reconfiguração do princípio da legalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FERREIRA, Emanuel de Melo. **A evolução da solidariedade: das sociedades clássicas à principiologia constitucional**. In: Encontro do CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza: CONPEDI, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva. 2003.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Teoria Geral do Estado**. Atlas. 2ed. São Paulo. 2007

FILHO, Túlio Cavallazzi. **A função social da empresa e seu fundamento constitucional**. Florianópolis: OAB/SC. 2006.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. 6 ed. Rio de Janeiro:Forense Universitária. 2006.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro** 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 10 ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). **Direito Civil: Atualidades II. Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

FRANÇA, Renata Barbosa Fontes da. **Fundo Social do Pré-Sal**. Disponível em:< www.advocaciafontes.com.br /> Acesso em: 03/06/2014.

FREIRE, Moema Dutra. **Acesso à Justiça e Prevenção à violência**: Reflexões a partir do projeto Justiça Comunitária. 2006. 187 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: <http://bdtd.bce.unb.br/tesesimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=475>.

Acesso em: 05 de setembro de 2016.

FREITAS, Maria Cristina Penido de. **Fundos de Riqueza Soberana**. Fundap, disponível em: < www.fundap.sp.gov.br> Acesso em: 02/06/2014.

FRIEDE, Reis. **Curso de Ciência política e Teoria Geral do Estado**. 3ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2006.

GASTALDI, J. Petrelli. **Elementos de Economia Política**. 17 ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

GAY, Peter. **A Cultura de Weimar**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

GIEVE, John. **Sovereign wealth funds and global imbalance**. Speech by the Deputy Governor of the Bank of England to the Sovereign Wealth Management Conference, London, 14 March 2008. *BIS Quarterly Review*, Basle: Bank for International Settlement, n. 31, p. 1-10. Mar. 2008. Disponível em: <<http://www.bis.org/>>. Acesso em: 06/06/2014.

GOBIERNO DE ESPAÑA. Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente. **Manuales de Buenas Prácticas Ambientales en las Familias Profesionales**. Disponível em: <http://www.mapama.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/temas/red-de-autoridades-ambientales-raa-/sensibilizacion-medioambiental/manuales-de-buenas-practicas/> Acesso em: 10/03/2018.

GOMES. Carlos Jacques Vieira, **Marco Regulatório da Prospecção de Petróleo No Brasil: O Regime de Concessão e o Contrato de Partilha de Produção**. Centro de Estudos da Consultoria do Senado Federal. Brasília, 2009.

GOMES, Luiz Flávio e VIGO, Rodolfo Luis. *Do Estado de direito constitucional e transnacional: riscos e precauções: navegando pelas ondas evolutivas do Estado, do Direito e da Justiça*. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

GORBACHEV, Mikhail. **Perestroika – novas idéias para o meu país**. São Paulo: Círculo do Livro. 1998.

GORCZEWSKI, Clóvis. **Introdução ao Estudo da Ciência Política, Teoria do Estado e da Constituição**. 1ª ed. Editora. Porto Alegre: Verbo Jurídico. 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **As agências reguladoras**. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 46, São Paulo, jan-mar. 2004.

_____. **Conceitos indeterminados e discricionariedade administrativa**. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, nº 12, ano 3, São Paulo, jul-set. 1995.

HABERMAS, Jürgen. **Problemas de Legitimación en el Capitalismo Tardío** 1ª Ed. Madrid : Cátedra, 1999.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, **A Razão na história: uma introdução geral à filosofia da história**. Trad. Beatriz Sidou. 2 ed. São Paulo : Centauro, 2001.

HELD, David. **La democracia y el orden global**. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita. Buenos Aires, Paidós, 1997.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. da 20ª Edição Alemã de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1998.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

HOBBSAWM, Eric John. **Da Revolução Industrial Inglesa ao Imperialismo**. 5a. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

_____. **Era dos extremos – O breve século XX – 1914-1991**. 2ed. São Paulo: Companhia das Letras. 1995.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes** s. New York: Norton & Co., 1999.

HORKHEIMER, Marx. **Die gesellschaftliche Funktion der Philosophie**, Bibliothek Suhrkamp, Suhrkamp Verlag Nr. 391, 1974.

IANNI, Octavio. **A sociedade Global**. 3ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 1995.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. **O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito: Perspectivas Constitucionais da Atuação Institucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Jurs, 2007.

JUDT, Tony. **Pós – Guerra. Uma história da Europa desde 1945**. Rio de Janeiro: Objetiva. 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges, 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KERN, Steffen. **Sovereign wealth funds; state investments on the rise**. Deutsche Bank Research, 2007.

KUEHN, Manfred; **Kant: A Biography**, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

KUNSTLER. James Howard. **O Fim do Petróleo: O grande desafio do século XXI**. Lisboa. Bizâncio, 2010.

KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

LAMOUNIER, João Maurício Penna. **Interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana**. In FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de

Fátima Freire de (coord.). **Direito Civil: Atualidades III. Princípios jurídicos no direito privado.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006.

LIMA, George Marmelstein. **Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.** Dissertação de Mestrado. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2005.

LIMA, Haroldo. **Petróleo No Brasil: A Situação, o Modelo e a Política Atual.** Rio de Janeiro, Synergia, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil.** In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). **Direito Civil: atualidades.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil.** Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo Lopes. **Empresa e Propriedade – função social e abuso de poder econômico.** São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LOPES, Hálisson Rodrigo; LEMOS, Natália Spósito. Aspectos constitucionais da segurança pública. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10490&revista_caderno=9. Acesso em set 2015.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. **Hugo Grócio e o direito.** O jurista da guerra e da paz. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

MAGALHÃES, Carlos Augusto Teixeira, **Formação do Estado, Cidadania, e Identidade Nacional:** comentários sobre a formação do Estado moderno e a construção da Europa. Enfoques – revista Eletrônica/ Rio de Janeiro / vol. 1 / n. 1 / 2002.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **A autonomia privada e a função social da empresa.** In FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). **Direito Civil: Atualidades II. Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MANKIWI, N. Gregory. **Introdução à Economia.** 5ª Ed. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe.** São Paulo: Hemus. 1977.

MARCILIO, Carlos Flavio Venâncio. **O custo dos direitos e a concretização dos direitos sociais.** Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: RT. Vol 66. jan-mar. 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Tratado de direito constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Leonardo. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** Montevideo: Fundação Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao estudo do direito.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito.** 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais:** estudo analítico da situação e aplicação do Tratado na Ordem Jurídica Brasileira. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

MILL, Jonh Stuart. **A Liberdade/Utilitarismo.** São Paulo. Martins Fontes. 2000.

MINADEO, Roberto. **Petróleo, a maior indústria do mundo.** Rio de Janeiro:Thex Editora. 2002.

MEDEIROS, Glauco Pereira de. **A Constituição Federal de 1988 e a Segurança Pública:** Direito e Responsabilidade de Todos. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4134 Acesso em: 12/09/2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 4ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MOLL, Luíza Helena. **Externalidades e apropriação:** projeções sobre o direito econômico na nova ordem mundial. *In:* CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas (org.). **Desenvolvimento econômico e intervenção do estado na ordem constitucional:** estudos jurídicos em homenagem ao professor Washigton Peluso Albino de Souza. São Paulo: Malheiros, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 24. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Direitos humanos fundamentais:** teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana:** uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **O Estado e seus limites.** Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da Modernidade. Constituição e Estado Social – os obstáculos à concretização da Constituição. *in:* OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de Org. **Constituição e Estado Social.** São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra. 2008.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional.** 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 2000.

NERY, Rosa Maria Barreto B. Andrade; JUNIOR, Nelson Nery; **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante.** 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de (Org.) **Constituição e Estado Social.** São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra. 2008.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível.** Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006.

PANSIERI, Flavio. **Condicionantes à Sindicabilidade dos Direitos Sociais.** *In:* Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo, e desenvolvimento em países periféricos. (Orgs.) Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e, Martonio Mont ´alverne Barreto Lima . Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar. 2006.

PASSOS, J.J. Calmon. **Hermenêutica, Cidadania e Direito.** Campinas: Milenium: 2005.

PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento. **Os princípios da Constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PEREIRA José Matias. **Repensando a Administração Pública. O futuro do Estado do Bem-estar.** *In:* Revista de informação legislativa. Brasília. Vol. 142, ano 36 (abril/junho) 1999.

PIKETTY, Thomas. **A Economia da Desigualdade.** Trad. André Telles, 1 ed. Rio de Janeiro: intrínseca: 2015.

_____. **O Capital no Século XXI.** Trad. André Telles, 1 ed. Rio de Janeiro: intrínseca: 2016.

PIRES, Adriano (*et.al.*) **Petróleo**: Reforma e Contrarreforma do Setor Petrolífero Brasileiro, Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

PLATÃO. **A República**, Livro VII. Aproximadamente 380-370 a.C.

POMINI, Armando Mateus. **A Química na Produção de Petróleo** 1. ed. - Rio de Janeiro Interciência 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **O Problema Fundamental do Conhecimento**. Porto Alegre: Globo, 1937.

PROGRAMA DE MOBILIZAÇÃO DA INDÚSTRIA NACIONAL DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL – Prominp. Disponível em: <http://www.prominp.com.br/prominp/pt_br/pagina-inicial.htm> Acesso em: 10/06/2014.

PROUDHON, Pierre-Joseph. *Idée Générale De La Revolution Au Xixe Siecle: (choix D'études Sur La Pratique Révolutionnaire Et Industrielle)*... Paris: Nabu Press, 2012.

QUADROS, Fausto de. **Direito das comunidades europeias e direito internacional público**: contributo para o estudo da natureza jurídica do direito comunitário europeu. Reimpressão. Lisboa: Coleção Teses, 1991.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **A Teoria do Desvio de Poder do Direito Administrativo**. In: **Revista de Direito Administrativo**. V.6. Rio de Janeiro 1946.

QUINTANS, Luiz Cezar P. e QUINTAS, Humberto. **A História do Petróleo - No Brasil e No Mundo**, 1ª ed. Rio de Janeiro: Freitas-Bastos, 2010.

RAMALHO, Claudia. **Desafios para o Lazer como prática social cidadã**. Disponível em: <http://www.socialtec.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=156:desafio-s-para-o-lazer-como-pratica-social-cidada&catid=37:cidadania&Itemid=2>. Acesso em: 30 jul. 2017.

REALE, Giovanni. **História da Filosofia Antiga**: Platão e Aristóteles. Vol. II. Trad. Henrique de Lima Vaz e Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 1994.

REALE, Miguel. **O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias**. 3 ed. São Paulo: Saraiva. 2005.

RIBEIRO, Elaine. **Direito do Petróleo, gás e energia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

RICHARDSON, Roberto. Jarry. **Pesquisa Social**: métodos e técnicas: colaboradores José Augusto de Souza Peres... (*et al.*). São Paulo: Atlas, 1999.

ROBLES, Gregório. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. São Paulo: Manole, 2005.

_____. **Teoria Del Derecho Vol II: Fundamentos de Teoria Comunicacional Del Derecho**. Navarra: Civitas Ediciones. 2015.

ROMAN, Flavio José. **Discricionariedade técnica na regulação econômica**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROMEIRO, Ademar Ribeiro. **Economia ou economia política da sustentabilidade?** Texto para discussão. Instituto de Economia (IE). Campinas: UNICAMP, 2001.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Trad. Maria Ermantina Galvão; cronologia e introdução Jacques Roger. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. (Clássicos).

SADDY, Andre. **Formas de atuação e Intervenção do Estado Brasileiro na Economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

SÁNCHEZ-PARGA, José. **Cidadania e participação democrática**. 2005. Disponível em <http://www.portalsaofrancisco.com.br/.../cidadania-e-participacao-democratica/>. Acesso em: 02/11/ 2015.

SANTOS, Flávia da Cruz. **Procurando o lazer no Constituinte: sua inclusão como direito social na Constituição de 1988**. Porto Alegre: UFRGS, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br>. Acesso em: 08/06/2014.

SERRA, Rodrigo & Patrão, Carla. 2003. **Impropriedades dos critérios de distribuição dos royalties no Brasil**. In: PIQUET, Rosélia. **Petróleo, royalties e região**. Rio de Janeiro, Garamond, 2003.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos Humanos e Cidadania**. 2ª edição. São Paulo: RT, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Poder Constituinte e Poder Popular. Estudos sobre a Constituição**. São Paulo: Malheiros. 2007.

SINGER, Paul. **Introdução à Economia Solidária**. SP: Fundação Perseu Abramo, 2002.

SMITH, Adam. **A Riqueza das nações**. Trad. A. S. Lima. São Paulo: Martins Fontes,

2003.

STRAYER, Joseph R. O. **The Medieval of Origins of The Modern State..** Universit Press. Princeton: 1969.

STRECK, Lenio Luis e MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política Geral do Estado.** 3ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.

SUNSTEIN, Cass R. **The second bill of rights: FDR's revolution and why we need it more than ever.** New York: Basic Books, 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). [RE 559.646-AgR](#), rel. min. **Ellen Gracie**, julgamento em 7-6-2011, Segunda Turma, *DJE* de 24-6-2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4978259> Acesso em: 24/06/2014.

_____. [ARE 654.823-AgR](#), rel. min. **Dias Toffoli**, julgamento em 12-11-2013, Primeira Turma, *DJE* de 5-12-2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4578249> Acesso em: 24/06/2014.

_____. [HC 101.300](#), rel. min. **Ayres Britto**, julgamento em 5-10-2010, Segunda Turma, *DJE* 18-11-2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4578249> Acesso em: 24/06/2014.

_____. **ADIN 3273 DF.** Min. Relator: Carlos Brito. Julgamento: 16/03/2005. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 02/04/2014.

SWF Institute. Disponível em inglês em:<<http://www.swfinstitute.org/>> Acesso em: 03/06/2014.

SZTAJN, Rachel. **Law and Economics.** In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (org.). **Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

_____. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados.** São Paulo: Atlas, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico.** 2ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

THOMAS. José Eduardo. **Fundamento de Engenharia de Petróleo,** 1. ed. - Rio de Janeiro Interciência 2001.

TOLMASQUIM, Maurício Tiomno e PINTO JUNIOR, Helder Queiroz. **Marcos regulatórios da Indústria Mundial do Petróleo.** Rio de Janeiro: Synergia, 2011.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **A Função Social da Empresa**. In: Revista dos Tribunais n. 92. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril de 2003.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **Contribuições para a Seguridade Social à luz da Constituição Federal**. Curitiba: Juruá, 2ª Ed. 2013. 3ª Reimpressão. 2016.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Disponível em: < <http://portal2.tcu.gov.br/TCU> >. Acesso em 06/06/2014.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Do direito econômico aos direitos econômicos, sociais e culturais. In: CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas (org.). **Desenvolvimento econômico e intervenção do estado na ordem constitucional**: estudos jurídicos em homenagem ao professor Washigton Peluso Albino de Souza. Porto Alegre, S. A. Fabris, 1995.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA (UFBA). **Campos Maduros**. Disponível em: <<http://www.ppeq.ufba.br/publicacoes/estudo-do-escoamento-multifasico-de-petroleo-em-campos-maduros-o-caso-do-poco-1-fmo-001>>. Acesso em: 24/02/2014.

UNIVERSIDADE DE ZAGREB. Disponível em inglês em: www.fkit.unizg.hr. Acesso em: 10/03/2015.

U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY. **Sovereign wealth funds**. Semiannual Report on International Economic and Exchange Rate Policies, Office of International Affairs June 2007. Disponível em: < <http://www.treasury.gov> >. Acesso em: 06/06/2014.

VAITSMAN, Maurício. **O Petróleo no império e na república**; atualizadores: Delmo Santiago Vaitsman, Hélio Santiago Vaitsman [e] Mauro Santiago Vaitsman - 2. ed. - Rio de Janeiro: Interciência, 2001.

VERGARA, Sylvia Constant. **Projetos e Relatórios de Pesquisa em Administração**. São Paulo: Atlas, 2000.

VICTOR, Mario. **A Batalha do Petróleo Brasileiro**, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1970.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e Relação no Direito** 5ª ed. São Paulo: Noeses 2015.

_____. **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2005.

VILLEY, Michel. **Leçons d'histoire de la philosophie du droit**. Paris: Dalloz, 2002.

WEBER, Max. **A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo**. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1976.

WATT NETO, Artur. **Petróleo, Gás Natural e Bicombustíveis**: Doutrina,

Jurisprudência e Legislação. Ed Saraiva, São Paulo: 2014 (Coleção Direito Econômico).

WEBER, Max. **Economia y Sociedad**. Trad. José Medina Echovarria e outros. 4 ed., México: Fondo da Cultura e Economia, 1969.

WINTER, Lairton Moacir. **A concepção de Estado e de poder político em Maquiavel**. Toledo: Tempo da Ciência, 2006.

YERGIN, Daniel. **O petróleo uma história de ganância, dinheiro e poder**; trad. de: Leila Marina U. Di Natale, Maria Cristina Guimarães Maria Christina L. de Góes - 2.ed. - Rio de Janeiro: Scritta, 1994.