

Nicolas Addor
Lucas Franzoi Miguel
(Orgs.)

Direito e Economia

Estudos sobre a
liberdade econômica



Atualmente, a realidade jurídica deve ter um olhar muito atento aos seus reflexos econômicos, o que traz modernos desafios à sociedade e ao Estado. Nesse contexto heterogêneo, impõe-se a necessidade de desenvolvermos novas ferramentas de análise social, que consigam dimensionar os problemas e apresentar soluções interdisciplinares. Sendo assim, a presente obra propõe-se a trazer uma análise da ordem econômica, discutindo a constitucionalidade de leis, expondo a inviabilização econômica gerada para algumas atividades empresarias, bem como instrumentos preventivos aos crimes fiscais, tudo isso conforme a maior autonomia privada gerada pela recente declaração de direitos da liberdade econômica. A pesquisa busca explorar, com seu viés multidisciplinar, o impacto que as normas em vigor causam às condutas dos agentes econômicos. Nesse sentido é que, ao longo de seus diversos capítulos, os autores apresentam temas do Direito Civil, Tributário, Empresarial, Constitucional e Administrativo, constantemente aludindo aos reflexos econômicos. Durante a leitura da obra, percebe-se facilmente como os autores, coordenados por Nicolas Addor e Lucas Franzói, aliam os conhecimentos teóricos da academia com a visão pragmática de sua aplicação, marcas que certamente impressionarão o leitor.



Direito e Economia

Direito e Economia

Estudos sobre a liberdade econômica

Organizadores:

Nicolas Addor

Lucas Franzoi Miguel



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.behance.net/CaroleKummecke>

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da Creative Commons 4.0
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

ADDOR, Nicolas; MIGUEL, Lucas Franzoi (Orgs.)

Direito e Economia: estudos sobre a liberdade econômica [recurso eletrônico] / Nicolas Addor; Lucas Franzoi Miguel (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

117 p.

ISBN - 978-85-5696-764-0

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito; 2. Economia; 3. Liberdade; 4. Democracia; 5. Estado; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

1.....	9
A adequada inclusão dos créditos de alienação fiduciária na recuperação judicial	
Lucas Franzói Miguel	
Nicolas Addor	
2.....	27
A ordem econômica e a análise da estrutura de atuação na economia e de regulação pelo Estado Brasileiro	
Nicolas Addor	
3.....	43
A obrigação contratual diante da jurisprudência constitucional contemporânea	
Lúcio Flávio J. Sunakozawa	
Gabriela Oshiro Reynaldo	
4.....	68
Os instrumentos preventivos aos crimes fiscais como ferramentas eficientes ao equilíbrio entre os interesses de um Estado Democrático de Direito	
Camila Dias	
5.....	87
Autonomia privada, liberdade econômica e regulação: os contornos jurídicos e econômicos da medida provisória nº 881/2019	
Paulo Fernando de Mello Franco	
Lucas Franzói Miguel	
6.....	103
Análise crítica quanto à constitucionalidade do art. 42 da Lei nº 8.981/95 e a inviabilização econômica gerada para as atividades empresariais	
Gabriela Ângela Afif	

A adequada inclusão dos créditos de alienação fiduciária na recuperação judicial

*Lucas Franzói Miguel*¹

*Nicolas Addor*²

1. Introdução

O ordenamento jurídico brasileiro passou a ter uma nova legislação falimentar em 09 de junho de 2005, substituindo a Lei nº 7.661 de 1945 (LFC), a Lei nº 11.101/05 (LFRE), conhecida por “Nova Lei de Falências”, buscou principalmente auxiliar a empresa em dificuldade financeira a se restabelecer.

Diversas modificações foram trazidas em virtude desta lei, sendo a mais importante delas o instituto da Recuperação, tanto na modalidade Judicial quanto Extrajudicial. No presente trabalho, não trataremos da forma Extrajudicial, portanto, trataremos apenas das disposições e peculiaridades relativas à Recuperação Judicial.

O que se pode observar é que na “Nova Lei de Falências” o legislador deixou evidente sua maior preocupação com a chamada recuperanda - que é a empresa em processo de recuperação -, em detrimento da exclusiva satisfação do crédito por parte credor, como feito anteriormente.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco. Advogado. Email: lucasfranzoi.adv@gmail.com

² Professor do curso de Direito da Faculdade Inspirar. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Bacharel em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco. Advogado. Email: nicolasaddor@gmail.com.

Pode-se constatar esse zelo analisando as medidas e efeitos consequentes da Recuperação, que levando em conta principalmente o princípio da função social da empresa, submetem o pagamento dos credores a um plano de recuperação, apresentado pela recuperanda, observando a classificação que a Lei nº 11.101/05 dá aos respectivos créditos.

Acontece que nem todos os credores estão submetidos à Recuperação Judicial, e por consequência não existiriam nesse universo jurídico, afastando-se dos efeitos que esta proporciona. O art. 49, §§ 3º e 4º, da LFRE, preceitua alguns credores que estão excluídos do procedimento da recuperação judicial, como os proprietários fiduciários de bens móveis ou imóveis.

No caso dos proprietários fiduciários, o espírito da lei ao excluir tais credores da recuperação judicial foi contribuir para expansão e a redução do custo de crédito no Brasil. Assim, o legislador blindou o instituto da Alienação Fiduciária dos procedimentos de recuperação, a fim de favorecer a economia.

Contudo, apesar de normativamente os créditos fiduciários não se sujeitarem ao procedimento de recuperação, na prática a maioria dos juízes ao lidarem com casos de recuperação judicial, atraem para si todos os créditos existentes em desfavor da empresa recuperanda, deixando de lado se estes se sujeitam ou não ao procedimento. Isso porque, em algumas hipóteses, apenas inserindo a totalidade dos créditos na recuperação judicial é que é possível se falar em uma efetiva recuperação da empresa. Deste modo, ao sopesar o ordenamento legal (da não inclusão de alguns créditos - art. 49, LFRE), em face dos princípios da preservação da empresa e da função social desta, o julgador acaba decidindo por afastar o dispositivo legal.

Assim, o presente trabalho procura demonstrar a legitimidade da inclusão dos créditos de alienação fiduciária na recuperação judicial quando estes forem essenciais ao regular desenvolvimento da atividade empresária, apontando os diversos princípios que sustentam tal entendimento, bem como expondo o impacto econômico positivo decorrente de tal prática.

Para atingir o objetivo proposto, a metodologia adotada foi a revisão bibliográfica e pesquisa documental, bem como a análise de casos práticos, e a interpretação e investigação da legislação referente ao assunto.

2.1 – A Recuperação Judicial

A ideia de um instituto para recuperação de empresas no Brasil surgiu pela primeira vez de forma escrita por meio do Decreto-Lei nº 7661/45³, através da concordata. Esse instituto buscava solucionar a condição da empresa devedora em crise para evitar a falência e ao mesmo tempo recuperá-la, seja prevenindo, evitando, ou até mesmo suspendendo a própria falência.

Conhecida como “favor legal”, a concordata podia assumir caráter dilatório, remissório e até mesmo os dois aspectos de forma mista. O caráter dilatório significava uma tentativa de ampliar o prazo pra pagamento das dívidas, o caráter remissório significava o perdão de dívida - integral ou parcial -, e o caráter misto era conjugação dos dois caracteres.

As concordatas eram sempre contenciosas, isto é, judiciais, sendo que uma eventual tentativa de concordata extrajudicial, combinando obrigações diretamente com certos credores tinha como punição até mesmo a decretação de falência. Desse modo, não havia participação dos credores, incumbindo exclusivamente ao juiz analisar o preenchimento dos requisitos legais e deferir ou não a concordata.

Ocorre que, apesar de parecer um instituto sólido a concordata ficou popular por decretar falência a qualquer motivo. Estima-se que entre 70% e 80% das empresas em regime de concordata, acabavam indo à falência⁴, o que acabou por levantar muitas dúvidas sobre o real funcionamento desse instituto.

³ Id. Lei nº. 7661/1974, de 13 de março de 1974. Dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.bcb.gov.br/pre/leisedcretos/Port/lei6024.pdf>>. Acesso em 02 mar. 2016.

⁴ ALEJARRA, Luis Eduardo Oliveira. A importância da assembleia geral de credores na recuperação judicial de empresas. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 105, out 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/3C?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=123>. Acesso em 01 jul 2016.

A crítica era baseada no fato da concordata ter sido implantada em 1945, seguindo o modelo capitalista vigente à época, onde o crédito era tratado como uma simples relação obrigacional que o insolvente/inadimplente deveria ser fortemente punido, sem importar no que isso resultaria para a sociedade.

Nessa perspectiva, surgiu então a necessidade da regulamentação de um novo instituto em que as empresas devedoras tivessem maior participação e importância nas decisões, não sendo meras espectadoras de sua falência. Em 09 de Fevereiro de 2005, foi então publicada no Diário Oficial da União aquela que passaria a regulamentar o instituto falimentar no ordenamento jurídico brasileiro, a Lei nº 11.101/05⁵, a Lei de Falências e Recuperação de Empresas (LFRE).

Conhecida por Nova Lei de Falências, essa lei revogou o Decreto-Lei nº 7661/45, substituindo o instituto da concordata pelo da recuperação, nas formas judiciais e extrajudiciais, e mantendo o instituto da falência, com algumas alterações. Em virtude dessa reforma, outra óptica se estabeleceu para com o instituto falimentar, não se buscando mais satisfazer pura e simplesmente a vontade dos credores, mas sim levar em conta as consequências positivas da solução da crise econômica do devedor.

O princípio basilar da LFRE é o da preservação da empresa, especialmente diante dos interesses que em torno dela gravitam. Para Celso Marcelo de Oliveira a nova legislação de falências e recuperação de empresas prima pela manutenção da empresa e de seus recursos produtivos⁶. Vale dizer que a empresa é a célula essencial da economia de mercado e cumpre relevante função social, porque, ao explorar a atividade prevista em seu objeto social e ao perseguir o seu objetivo (o lucro), promove interações econômicas (produção ou circulação de bens ou serviços) com outros agentes do mercado, consumindo, vendendo, ge-

⁵ BRASIL. **Lei nº. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11101.htm>. Acesso em 02 mar. 2016.

⁶ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Nova Lei de Falências: principais alterações. In: **Boletim Jurídico** (Uberaba). Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=517>>. Acesso em 20 abr. 2016.

rando empregos, pagando tributos, movimentando a economia, desenvolvendo a comunidade em que está inserida, enfim, criando riqueza e ajudando no desenvolvimento do País, não porque esse seja o seu objetivo final – de fato, não o é –, mas simplesmente em razão de um efeito colateral e benéfico do exercício da sua atividade⁷.

Jayme Almeida Paiva ainda retrata os benefícios trazidos ao sistema falimentar brasileiro em virtude da Lei nº 11.101/05, dizendo que enquanto na vigência do Decreto-Lei nº 7.661/45 as empresas falidas simplesmente eram diluídas pelo tempo, no novo ordenamento falimentar se as empresas souberem escolher bons profissionais que apurem imediatamente as causas da crise vivenciada, certamente encontrarão soluções viáveis para se salvar do fantasma da falência.⁸

Dessa maneira, o exame de viabilidade da recuperação judicial, realizado pelo Poder Judiciário, deve considerar a importância social, reunindo os atributos de ter potencial econômico para reerguer-se e importância social; mão de obra e tecnologias empregadas; o volume do ativo e passivo, definindo, para o exame de viabilidade, se a crise é, por exemplo exclusivamente econômica ou financeira; a idade da empresa, que avaliará o tempo de contribuição para a economia local, regional ou nacional e; porte econômico, analisando a importância social e facilidade de substituição daquela sociedade.⁹

2.2 – A Alienação Fiduciária e seu impacto econômico

Em 1969, o Governo brasileiro foi assumido por Emílio Garrastazu Médici, promovedor de diversas medidas ocasionadoras do chamado “milagre econômico”, que resultaram no crescimento do Produto Interno

⁷ SCALZILLI, João Pedro; TELLECHEA, Rodrigo; SPINELLI, Luis Felipe. **Objetivos e Princípios da Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. Disponível em: <http://www.sintese.com/doutrina_integra.asp?id=1229>. Acesso em 25 abr. 2016.

⁸ PAIVA, J. A. Almeida. **Crises que podem levar uma empresa à falência**. Disponível em: <http://www.almeidapaiva.adv.br/novo/template_geral.php?id=433>. Acesso em 17 maio 2016.

⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**: volume 3. São Paulo: Saraiva, 2016, p.358-359.

Bruto (PIB), diversidade nas atividades produtivas e surgimento de uma nova classe média com alto poder aquisitivo.

Foi nesse contexto nacional que surgiu a alienação fiduciária em garantia de bem móvel, introduzida na legislação brasileira pelo artigo 66 da Lei nº. 4.728/65, visando impulsionar a indústria brasileira por meio do financiamento de crédito direto ao consumidor.

A alienação fiduciária surgiu frente às demandas da sociedade por um modelo de contrato que desse garantia às compras realizadas a prazo. Este instituto consiste, portanto, na transferência feita por um devedor ao credor de propriedade resolúvel e da posse indireta de um bem móvel infungível ou de um bem imóvel, como garantia de seu débito, resolvendo-se o direito do adquirente com o adimplemento da obrigação, ou melhor, com o pagamento da dívida garantida.

A alienação fiduciária se trata de uma espécie do gênero negócio fiduciário, onde o devedor aliena a coisa sob a condição suspensiva de retorno do domínio, mediante o pagamento da dívida assim garantida, sendo que o credor tem temporariamente o domínio da coisa alienada em garantia fiduciária, sob condição resolutiva¹⁰. Segundo Orlando Gomes, a alienação fiduciária é o negócio jurídico pelo qual uma das partes adquire, em confiança, a propriedade de um bem, obrigando-se a devolvê-la quando se verifique o acontecimento a que se tenha subordinado tal obrigação, ou lhe seja pedida a restituição¹¹.

Cumpra também aqui esclarecer que a alienação fiduciária é formada por duas partes: o devedor-fiduciante e o credor-fiduciário. O primeiro é quem transmite ao segundo a propriedade do imóvel, enquanto perdurar o débito. Por se tratar de contrato de garantia, ao se extinguir o débito, a propriedade do bem retorna, em sua plenitude, ao devedor-fiduciante¹².

¹⁰ RESTIFFE NETO, Paulo. **Garantia Fiduciária**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 313.

¹¹ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 351.

¹² FABRICIO, Adroaldo Furtado. A alienação fiduciária de imóveis segundo a Lei n. 9.514/97. In: FARIAS, Cristiano Chaves; DIDIER JR., Fredie (Coords). **Procedimentos especiais cíveis: leis extravagantes**. São Paulo: Saraiva, 2003.

Contudo, em virtude do art. 66 da Lei nº. 4.728/65 começaram as dúvidas e contradições sobre a aplicação dos métodos judiciais cabíveis nos casos de inadimplemento ou mora das obrigações pactuadas no contrato de financiamento com garantia fiduciária, já que foram fixadas normas de direito material, não estabelecendo quais os meios processuais adequados a serem utilizados. Desta forma, os tribunais nacionais interpretaram de diversas maneiras sobre quais os meios processuais cabíveis, admitindo, assim, as mais variadas ações, desde a reintegração e a imissão de posse até a reivindicatória, além da ação ordinária de busca e apreensão e de depósito, o que gerou total divergência jurisprudencial¹³.

Sabe-se que diversas mudanças ocorreram na regulamentação do instituto desde 1965, como a Lei nº. 9.514/97¹⁴, que dispõe sobre o Sistema Financeiro Imobiliário e instituiu a alienação fiduciária de coisa imóvel, sendo que a alienação fiduciária foi recepcionada pelo Código Civil brasileiro, que entrou em vigor em 2002¹⁵, no Livro III, com capítulo próprio, o Capítulo IX, Da Propriedade Fiduciária.

2.3 – O Impacto Econômico da Recuperação Judicial

O instituto da recuperação judicial é uma forma de restabelecer o cumprimento da função social do empresário (sociedade empresária, empresa individual de responsabilidade limitada e empresário individual) perante a sociedade. Ao conceber a ideia de função social, deve-se considerar que é sobre a propriedade dos bens de produção que essa se realiza, para buscar impor o dever sobre quem detém o controle da em-

¹³ RODRIGUES, Lucas Frota. **Evolução histórica da alienação fiduciária em garantia de bem móvel**. Disponível em <<http://diretonet.com.br/artigos/exibir/8281/Evolucao-historica-da-alienacao-fiduciaria-em-garantia-de-bem-movel>> Acesso em 02 de março de 2016.

¹⁴ BRASIL. **Lei nº. 9514/1997, de 20 de novembro de 1997**. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm>. Acesso em 02 mar. 2016.

¹⁵ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 02 mar. 2016.

presa, de exercê-lo em benefício de outrem e não somente de não o exercer em prejuízo de outrem.¹⁶

No entanto, para a sociedade ser beneficiada com o instituto, o juiz falimentar deve considerar a viabilidade econômica e social da recuperação. Com isso, dois posicionamentos se emergem: o risco de se proteger excessivamente as empresas, prejudicando a concorrência e, a segunda posição, em que considera que o Estado deve proteger o seu mercado, por estas auxiliarem no desenvolvimento nacional, com a geração de renda, trabalho e bens.

No primeiro posicionamento, deve-se refletir sobre os perigos da proteção excessiva às sociedades empresárias pelos mecanismos do Direito que já foram alertados por diversos autores. Luigi Zingales, em *A capitalism for the people*, discorrendo sobre a crise econômica norte-americana de 2008 e o enorme poder dos bancos estadunidenses sobre a lei, asseverou que, quando os grandes bancos requerem um empréstimo, os credores sabem que sempre serão pagos de qualquer maneira, seja pelo banco, seja pelo pagador de impostos. Mas sem qualquer restrição, os administradores bancários e acionistas se sentem livres em tomar todo risco que quiserem. Este risco moral não pode ser combatido pelo fortalecimento do controle que os acionistas dos bancos têm sobre seus administradores, já que ambas as partes têm o mesmo incentivo. A única maneira, segundo o autor, para corrigir o problema, é fazer com que os credores enfrentem algumas perdas. Isso exige, no entanto, que alguns bancos grandes falhem, algo que os políticos cada vez mais se recusam a fazer.¹⁷

¹⁶ Em um interessante comentário, Eros Roberto Grau sobrepesa a diferença entre função social da propriedade e função individual da propriedade: “não se resume, no entanto, a função social de que cogitamos, a incidir pronunciadamente sobre os bens de produção, afetando também a propriedade que excede o quanto caracterizável como propriedade tangida por função individual. Entenda-se como excedente desse padrão especialmente a propriedade detida para fins de especulação ou acumulada sem destinação ao uso que se destina”. Em: GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2017, p.235-243.

¹⁷ “When large banks borrow, however, their lenders don’t impose those rules. That’s because they know that the government considers the banks “too big to fail”. The lenders therefore know that they will Always be paid back, either by the bank or by the taxpayer. But without restrictions, the bank’s managers and shareholders alike are free to take on all the risk they want. This is the infamous moral-hazard problem that bank bailouts cause. Moral hazard cannot be fought by strengthening the control that banks’ shareholders have over their managers, because

Assim, no caso trazido em tela pelo autor supracitado, a concessão de pacotes para salvar os bancos norte-americanos demonstrou ter efeitos totalmente contrários aos pretendidos, o que, de maneira alguma, auxiliou na manutenção da economia, mas, de fato, sustentou grandes sociedades que dominam a política americana através do lobby. Tanto a economia estadunidense quanto a economia brasileira estão sedimentados no sistema capitalista e o livre comércio, em que, “no mercado de uma sociedade capitalista, o homem comum é o consumidor soberano que, comprando ou abstendo-se de comprar, determina em última instância, o que deve ser produzido, em que quantidade e com qual qualidade”.¹⁸

De acordo com a hipótese de fragilidade financeira, a maneira de como as sociedades realizam o financiamento de suas posições de carteira, em especial com a aquisição de ativos de capital junto às instituições financeiras, é responsável pelo comportamento cíclico da economia. Assim, o crescimento do financiamento na fase expansionista, como ocorreu na era do milagre econômico do último século, produz dois efeitos simultâneos: o ritmo de atividade econômica é expandido e a fragilidade financeira aumenta. Em outras palavras, “quanto maior o ritmo de crescimento, menor a resistência da economia a choques adversos. Consequentemente, mais vulnerável ela está a crises.”¹⁹

Como resultado, em épocas de “milagres econômicos”, a busca por financiamentos para a expansão da atividade econômica aumenta, na mesma proporção que o risco de inadimplência também se expande. Dessa maneira, o ciclo econômico é caracterizado por um paradoxo que chama a atenção: a percepção de risco e fragilidade da economia caminham em sentidos opostos. Isso ocorre porque quando uma economia

both parties have the same perverse incentive. The only way to fix the problem is to make creditors face some losses when the bets do not pay off. But that requires letting some big banks fail, something that politicians increasingly have refused to do”. Em: ZINGALES, Luigi. **A capitalism for the people**: recapturing the lost genius of american prosperty. New York: Basic books, 2009, p.57-58

¹⁸MISES, Ludwig von. **A mentalidade anticapitalista**. Campinas: Vide Editorial, 2015, p.27.

¹⁹ DE PAULA, Luiz Fernando de. **Sistema financeiro, bancos e financiamento da economia**: uma abordagem keynesiana. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p.53.

está no processo de crescimento, os agentes financeiros tendem a diminuir suas margens de segurança sem que isso seja associado a uma mudança de suas preferências individuais por “risco e retorno”. O caracterizado otimismo, manifesta-se na redução do risco percebido pelos agentes em função da alteração do estado de expectativas dos agentes em relação ao futuro.²⁰

Portanto, a lei de oferta e demanda é o que define a abertura e fechamento de empresas e conseqüentemente a maior ou menor abertura para os créditos bancários. Por isso se tem o questionamento sobre até que ponto o plano de recuperação judicial é, de fato, benéfico para o interesse público, em razão de, justamente, tutelar tais sociedades, visto que na realidade o dispêndio para recuperar uma sociedade em estado de ineficiência é extremamente elevado.

No mesmo sentido, é relevante a pontuação levanta por Fábio Ulhoa Coelho, que aduz que toda empresa merece ou deve ser recuperada, também reconhecendo que a reorganização de atividades econômicas é custosa. Entretanto, sempre recai para alguém o pagamento da recuperação, seja na forma de investimentos no negócio em crise, seja nas perdas parciais ou totais de crédito. Em vista disso, como os principais agentes econômicos acabam por repassar aos seus respectivos preços as taxas de riscos associados à recuperação, o custo da reorganização empresarial no Brasil recai, enfim, na sociedade brasileira como um todo, principalmente por meio de crédito bancário, produtos e serviços com preços elevados, pois parte dos juros e preços foram realocados a socializar os efeitos da recuperação das sociedades empresárias.²¹²²

²⁰ DE PAULA, Luiz Fernando de. **Sistema financeiro, bancos e financiamento da economia**: uma abordagem keynesiana. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p.54.

²¹COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**:volume 3. São Paulo: Saraiva, 2016, p.356.

²²Fábio Ulhoa traz um importante exemplo para justificar seu posicionamento: “Imagine que os bancos vejam, em diversos processos judiciais de recuperação dos respectivos devedores, seus créditos transformados em capital, pelo plano de reorganização aprovado pela maioria do credores e homologado pelo juiz. Isso implica que, em vez do dinheiro emprestado, os bancos receberão ações ou quotas da sociedade empresária devedora, tornando-se – a contragosto ou não – sócios de um negócio de futuro incerto. Quer dizer, se as medidas de recuperação frutificarem, os bancos terão de volta o seu dinheiro; mas em caso contrário, perderão tudo que haviam emprestado. Essa mudança importará impacto das taxas de juros praticadas pelos bancos. A transformação do crédito em capital passa a ser um risco associado à recuperação judicial do devedor, e para se assegurar contra ele, os bancos calcula-

Indo para o segundo posicionamento, há duas conclusões preliminares que é preciso destacar: a primeira, afirmando que “a própria constituição do modo de produção capitalista dependeu de ação estatal. Em outros termos, não existira o capitalismo sem que o Estado cumprisse a sua parte, desenvolvendo vigorosa atividade econômica, no campo dos serviços públicos”. Paralelamente à essa conclusão, tem-se, portanto, que a ideia de intervenção, como pressuposta concepção da existência de uma cisão entre Estado e sociedade civil é equivocada, pois a família, sociedade civil e Estado são manifestações de uma mesma realidade.²³

Por isso, o estabelecimento do binômio bem/mal sobre o Estado e sociedade civil pode ser considerada maléfica quando há uma representação simbólica da realidade que “demoniza o outro”, esquecendo-se dos próprios demônios interiores. Todo mal do indivíduo acaba por ser absolvido quando considerado na sua versão social. Essa versão se confunde com a atual ideia de sociedade civil, pois aqui o Estado não se considera uma variante coletiva do indivíduo, mas tornando-se uma entidade separada, autônoma, abstrata e sem qualquer ligação com o ser humano em concreto.²⁴

Considerando a autorização constitucional para a interferência do Estado na Ordem Econômica, tem-se que pode se dar em três modalidades²⁵: por meio do seu poder de polícia, com a expedição de normas para executá-las para exercer as funções de fiscalização e planejamento; por meio de

rão um spread específico para embutir seus juros. Com isso, o custo do dinheiro aumentará e, conseqüentemente, todos os empresários fornecedores de bens ou serviços que dependam de financiamento bancário acabarão por repassar o aumento a seus preços. Juros bancários altos, todos sabem, também podem retardar o processo de desenvolvimento econômico do país. Quer dizer, o custo da recuperação das empresas (não do processo judicial de recuperação, especificamente) é suportado, a rigor, pela sociedade brasileira. Em: COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**: volume 3. São Paulo: Saraiva, 2016, p.357.

²³GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2017, p.19-23.

²⁴GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.73-74.

²⁵ Em sentido contrário, José dos Santos Carvalho Filho estabelece uma divisão diversa: “O Estado atua de duas formas na ordem econômica. Numa primeira, é ele o agente regulador do sistema econômico. Nessa posição, cria normas, estabelece restrições e faz um diagnóstico social das condições econômicas. É um fiscal da ordem econômica organizada pelos particulares. Pode-se dizer que, sob esse ângulo, temos o Estado Regulador. Noutra forma de atuar, que tem caráter especial, o Estado executa atividades econômicas que, em princípio, estão destinadas à iniciativa privada”. Em: CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2017, p. 975.

atuação própria, em casos excepcionais, mediante a criação de pessoas jurídicas para atuar empresarialmente e; por meio de incentivos à iniciativa privada, estimulando-a com favores fiscais ou financiamento.²⁶

Por essa razão, entendeu-se que a Constituição do Brasil de 1988 estabelece um modelo econômico de bem-estar, que não poderá ser substituída sem a prévia alteração dos artigos 1º, 3º e 170.²⁷ Com isso, há autorização e obrigação constitucional para que o Estado intervenha sobre a propriedade privada, em suas três modalidades: intervenção por absorção ou participação, intervenção por direção e intervenção por indução.²⁸

Na primeira modalidade, a intervenção por absorção se dá através da estatização de uma empresa que sofre de graves dificuldades financeiras. Na intervenção por participação, o Estado também exerce a sua influência ao participar nas atividades da empresa, mas não em sua integralidade. Quando o Estado intervém por direção, o Poder Público estabelece mecanismos para o comportamento das atividades. E, por fim, quando ocorre a intervenção por indução, a Administração busca manipular os instrumentos de intervenção de acordo com as leis que regem o funcionamento dos mercados.

De toda a reflexão trazida neste tópico, o entendimento pacífico é: o Estado deve garantir o bom encaminhamento do mercado e da economia brasileira, garantindo que os institutos jurídicos possibilitem o devedor a adimplir as suas dívidas de forma justa, e o credor receber o que tem direito, com ampla segurança jurídica. É o Estado, afinal, que deve entender se o instituto da recuperação e a inclusão dos créditos de alienação fiduciária será benéfico. Afinal, para Natalino Irti, o mercado não passa de um *locus artificialis* onde é um instituto jurídico, não originário da espontaneidade, mas um organismo artificial, construído de uma escolha consciente com base numa decisão política do Estado.²⁹

²⁶ MELLO, Celso Antônio de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.812.

²⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2017, p.44.

²⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2017, p.88.

²⁹ IRTI, Natalino. **L'ordine giuridico del mercato**. Roma: Editori Laterza, 2003, p.98.

2.4 – A Adequada Inclusão dos Créditos de Alienação Fiduciária na Recuperação Judicial

O artigo 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005 dispõe que, tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais. Ademais, a súmula 480 do STJ prevê que “O juízo da recuperação judicial não é competente para decidir sobre a constrição de bens não abrangidos pelo plano de recuperação da empresa”.

A LFRE no mesmo artigo 49, § 3º, da Lei em sua parte final assenta: “...não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.”.

A parte final do citado § 3º do artigo 49 da LFRE, não só é responsável por resultar em ampla diversidade de entendimentos jurisprudências, como também, de maneira positiva, gera um sustentáculo a flexibilização da blindagem que paira sobre o instituto dos bens de alienação fiduciária na recuperação judicial.

Isso porque, o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º é de 180 (cento e oitenta) dias, improrrogável. Dessa forma, dificilmente este seria um prazo razoável para que, assim que decorrido, possa ser retirado e vendido bens essenciais à atividade do devedor. Outrossim, para que se tenha uma efetiva e bem-sucedida recuperação da empresa, não podemos falar em uma rigidez absoluta de qualquer instituto que possa tornar inviável sua reabilitação. Desta maneira, previsões legais trazidas pela lei devem ser ponderadas no caso concreto à luz dos princípios que regem a recuperação judicial, quais sejam: unidade e universalidade do juízo falimentar, preservação da empresa, função social da empresa, participação ativa dos credores.

Há de se ressaltar inclusive que é praticamente unânime entre os juristas que a violação de um princípio, mercê da elevada carga de valores que ele conduz, é muito mais gravosa do que violação de uma simples regra legal, por vezes reguladoras de uma questão menor³⁰.

O Superior Tribunal de Justiça, guardião das leis federais, já possui diversas decisões em que priorizou a permanência de bens objeto de alienação fiduciária com a empresa recuperanda, flexibilizando aquele instituto em prol da efetiva recuperação, como pode ser visto no julgamento dos AgRG no CC 127.629/MT, CC 137.003/PA, dentre outros.

Evidentemente, não estamos aqui defendendo a inclusão de quaisquer créditos oriundos de alienação fiduciária na recuperação judicial, mas tão somente aqueles essenciais ao regular desenvolvimento da atividade empresária, conforme preconiza a própria lei. Assim, a principal preocupação do magistrado ao lidar com créditos de alienação fiduciária em âmbito de recuperação judicial deve ser apurar e constatar, através de perícia, da real essencialidade desses bens fiduciários à recuperanda.

Desse modo, deve-se afastar a técnica do “achismo” por parte do togado ao atestar que aparentemente aqueles bens não são essenciais à atividade da empresa, tendo em vista que existindo créditos fiduciários torna-se crucial o momento de aferição da imprescindibilidade dos bens fiduciários, não havendo que se cogitar vilipendiar esta etapa.

Fato é que, lamentavelmente, o abarrotamento do judiciário somado à insuficiência de varas especializadas em direito falimentar acaba por resultar em um desdém as diversas particularidades principiológicas da recuperação. Isso se deve em razão de, pelo menos em parte, da postura tomada pelos Tribunais, que encoraja os mutuários em dificuldades a ingressarem em juízo, aumentando ainda mais os custos que os investidores têm com a manutenção de processos, bem como seu aumento, e os custos sociais com taxas judiciárias e honorários de advogados.³¹

³⁰PEIXOTO BRAGA NETTO, Felipe. **Teoria dos Ilícitos Civis**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2014, p. 101

³¹ TIMM, Luciano Benetti; DRUCK, Tatiana. A alienação fiduciária imobiliária em uma perspectiva de Direito e Economia. **Latin American and Caribbean Law and Economics Association Annual Papers**. Beckley, 2007, p.23.

Complementarmente, o grande risco da judicialização da discussão da recuperação da empresa e a inclusão é que a revisão contratual e de suas garantias entre a sociedade e seus credores é a externalização de um custo, já que parte do financiamento será repassado à coletividade.³²

As decisões judiciais, quando não analisadas sob uma reflexão econômica, tendem a aumentar os custos de transação do mercado de crédito imobiliário gerando incentivos, de um lado, a que os investidores façam a distribuição dos riscos entre todos os mutuários, por meio do aumento de juros por exemplo. De outro lado, ocorre um desencorajamento a novos negócios, já que a fluidez do mercado depende do mecanismo do contrato e este de suas garantias.³³

Dessa maneira, devido ao impacto econômico resultante de uma recuperação judicial, os julgadores devem, na medida do possível, empregar práticas examinativas, analisando com cuidado cada decisão que possa influenciar direta ou indiretamente na recuperação da empresa, valendo-se para isso de todos os meios admitidos no ordenamento legal.

3. Considerações finais.

A inclusão de créditos de alienação fiduciária na recuperação judicial é tema polêmico e bastante divergente em nossos tribunais, sendo que a imprevisibilidade das decisões judiciais fortalece os males provocados pela insegurança jurídica, contribuindo para enfraquecer o regime democrático³⁴.

Desta maneira, o presente trabalho procurou demonstrar as vantagens econômicas decorrentes de uma bem-sucedida recuperação judicial.

³² TIMM, Luciano Benetti; DRUCK, Tatiana. A alienação fiduciária imobiliária em uma perspectiva de Direito e Economia. *Latin American and Caribbean Law and Economics Association Annual Papers*. Beckley, 2007, p.28.

³³ TIMM, Luciano Benetti; DRUCK, Tatiana. A alienação fiduciária imobiliária em uma perspectiva de Direito e Economia. *Latin American and Caribbean Law and Economics Association Annual Papers*. Beckley, 2007, p.23.

³⁴ DELGADO, José Augusto. *A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica*. Disponível em <www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001105/A%02520IMPREVISIBILIDADE%2520DAS%2520DECIS%025C3%02595ES%02520JUDICI%025C3%02581RIAS%02520E%02520SEUS%02520REFLEXOS%02520NA%02520SEGURAN%025C3%02587A%02520JUR%025C3%0258DDICA.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> Acesso em 02 jun 2016.

Assim, para que se possa obter um resultado positivo em âmbito recuperacional é necessária uma flexibilização do ordenamento legal à luz dos princípios que regem esse sistema.

A inclusão de créditos fiduciários na recuperação judicial é prevista na lei falimentar, mas com algumas objeções que o legislador pareceu atribuir uma blindagem absoluta, quais sejam: o prazo de 180 (cento e oitenta) dias de suspensão e a natureza de essencialidade dos bens de capital da empresa.

É inegável que esse cenário gera, por muitas vezes, uma inviabilidade de recuperação do devedor. Sendo assim, o magistrado deve analisar - através de perícia - caso a caso a essencialidade para a empresa recuperanda dos bens de alienação fiduciária, a fim de que possamos efetivamente falar em um instituto que recupera empresas, e não rememora a revogada concordata.

Os princípios da preservação e da função social da empresa devem ser tidos como diretriz as decisões que serão tomadas, sendo que havendo um “choque” entre a lei e estes princípios, o juiz deve dar maior relevância aos últimos, o que já vem ocorrendo nos últimos anos, demonstrando que o Direito, nesse quesito, acompanha as mudanças sociais e, de certa forma, caminha junto a elas.

Ao analisar a inclusão dos créditos de alienação fiduciária na recuperação judicial, pode se concluir de que esta inclusão é acertada. Destarte, um aprofundamento no tema nos permite concluir que algumas garantias aos créditos de alienação fiduciária ensejam em uma manifesta impossibilidade de êxito na recuperação judicial, devendo ser afastadas.

4. Referências.

ALEJARRA, Luis Eduardo Oliveira. A importância da assembleia geral de credores na recuperação judicial de empresas. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 105, out 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/%03C?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=123>. Acesso em 01 jul 2016.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm>. Acesso em 02 mar. 2016.

BRASIL. **Lei nº. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.** Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11101.htm>. Acesso em 02 mar. 2016.

BRASIL. **Lei nº. 9514/1997, de 20 de novembro de 1997.** Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm>. Acesso em 02 mar. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial:** volume 3. São Paulo: Saraiva, 2016.

DE PAULA, Luiz Fernando de. **Sistema financeiro, bancos e financiamento da economia:** uma abordagem keynesiana. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p.53.

DELGADO, José Augusto. **A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica.** Disponível em <www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001105/A%2520IMPREVISIBILIDADE%2520DAS%2520DECIS%2520C3%2520JUDICI%2520C3%2520RIAS%2520E%2520SEUS%2520REFLEXOS%2520NA%2520SEGURAN%2520C3%2520A%2520JUR%2520C3%2520DDICA.doc> +&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> Acesso em 02 jun 2016.

FABRICIO, Adroaldo Furtado. A alienação fiduciária de imóveis segundo a Lei n. 9.514/97. In: FARIAS, Cristiano Chaves; DIDIER JR., Fredie (Coords). **Procedimentos especiais cíveis:** leis extravagantes. São Paulo: Saraiva, 2003.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade:** o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2017.

Id. **Lei nº. 7661/1974, de 13 de março de 1974**. Dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.bcb.gov.br/pre/leisedcretos/Port/lei6024.pdf>>. Acesso em 02 mar. 2016.

IRTI, Natalino. **L'ordine giuridico del mercato**. Roma: Editori Laterza, 2003.

MISES, Ludwig von. **A mentalidade anticapitalista**. Campinas: Vide Editorial, 2015.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Nova Lei de Falências: principais alterações. In: **Boletim Jurídico** (Uberaba). Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=517>>. Acesso em 20 abr. 2016.

PAIVA, J. A. Almeida. **Crises que podem levar uma empresa à falência**. Disponível em: <http://www.almeidapaiva.adv.br/novo/template_geral.php?id=433>. Acesso em 17 maio 2016.

PEIXOTO BRAGA NETTO, Felipe. **Teoria dos Ilícitos Cíveis**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2014.

RESTIFFE NETO, Paulo. **Garantia Fiduciária**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RODRIGUES, Lucas Frota. **Evolução histórica da alienação fiduciária em garantia de bem móvel**. Disponível em <<http://direitonet.com.br/artigos/exibir/8281/Evolucao-historica-da-alienacao-fiduciaria-em-garantia-de-bem-movel>> Acesso em 02 de março de 2016.

SCALZILLI, João Pedro; TELLECHEA, Rodrigo; SPINELLI, Luis Felipe. **Objetivos e Princípios da Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. Disponível em: <http://www.sintese.com/doutrina_integra.asp?id=1229>. Acesso em 25 abr. 2016.

TIMM, Luciano Benetti; DRUCK, Tatiana. A alienação fiduciária imobiliária em uma perspectiva de Direito e Economia. **Latin American and Caribbean Law and Economics Association Annual Papers**. Beckley, 2007.

A ordem econômica e a análise da estrutura de atuação na economia e de regulação pelo Estado Brasileiro

*Nicolas Addor*¹

1. Conceitos iniciais

Ordem econômica consiste na normatização que delinea o modelo econômico a ser seguido, os objetivos a serem executados nessa seara, as formas de atuação do Estado na economia, bem como traça os princípios e fundamentos que devem ser considerados no exercício da atividade econômica, seja pelo sujeito privado, seja pelo Poder Público.

Quanto a expressão atividade econômica (em sentido amplo), é toda atividade passível de ser explorada economicamente, com a produção de bens e serviços com o objetivo de satisfação de necessidades. Quando o Estado desempenha uma atividade econômica, o conceito é dividido em suas categorias.

As duas categorias são: atividades econômicas em sentido estrito e serviços públicos. Fernando Herren Aguillar ressalta: “Se uma atividade econômica é serviço público, então ela somente poder ser desempenhada segundo regras aplicáveis ao serviço público, e se uma atividade econômica não é serviço público, não se pode exigir que o particular que pretende desempenhá-la, esteja sujeito às restrições típicas dos serviços

¹ Professor do Curso de Direito da Faculdade Inspirar. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. E-mail: nicolasaddor@gmail.com.

públicos. [...] Os serviços públicos competem ao Estado (art.175) e, em regra, as atividades econômicas *stricto sensu* aos particulares (art.173) ”.²

Deste modo, o autor conclui: “Assim como o particular somente pode desempenhar serviços públicos por delegação estatal, mediante licitação pública, o Estado somente pode desempenhar atividade econômica por motivos de segurança nacional ou para satisfazer a relevante interesse coletivo definido em lei, ou nos casos previstos na própria Constituição”.³

Quanto às atividades econômicas em sentido estrito, é uma forma de atuação em que o Poder Público excepcionalmente age no mercado de forma direta, que, em regra, é desempenhada em regime de concorrência com as sociedades privadas, podendo, entretanto, atuar de forma monopolística. O Estado desempenha esse papel por meio de empresas públicas ou sociedades de economia mista. Diferentemente do serviço público, quando o Estado atua numa atividade econômica, o regime jurídico a ser seguido é privado e público.

Enquanto isso, o serviço público “existe quando uma atividade econômica é necessária de modo direto e imediato à satisfação de direitos fundamentais, que não podem ser promovidos mediante os mecanismos da atuação de mercados próprios da iniciativa privada. Como decorrência, essa atividade é atribuída à titularidade do Estado e submetida ao regime de direito público. Isso acarreta a não aplicação dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.”⁴

Sublinha-se, ademais, que “da premissa de que o serviço público é um regime jurídico que se imprime sobre algumas atividades econômicas decorre igualmente que, se a atividade estatal não for suscetível de con-

² AGUILLAR, Fernando Herren. Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional. 5a Ed. São Paulo: Atlas, 2016, p.340.

³ AGUILLAR, Fernando Herren. Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional. 5a Ed. São Paulo: Atlas, 2016, p.340.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 12a Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.813.

cessão ou permissão, ou ela constitui uma função pública, ou então se trata de atividade econômica desempenhada pelo Estado.”⁵

Resumidamente, a diferença entre atividade econômica em sentido estrito e serviço público, é que nesta existe uma indispensabilidade à consecução da coesão social e sua vinculação ao interesse social.⁶ Ressaltando que, no serviço público, a obediência ao regime do Direito Administrativo é total.

2. Fundamentos, objetivos e princípios gerais da ordem econômica brasileira

Os fundamentos e princípios gerais da atividade econômica predis põe de um liame fático com vistas à garantia do desenvolvimento nacional, por considerar que o mercado interno é tido expressamente como patrimônio nacional, devendo ser incentivado para promover o desenvolvimento social, econômico, cultural, assim como garantir o bem-estar da população e a autonomia tecnológica da república.⁷ Para a Constituição brasileira, a ordem econômica possui fundamentos na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa.

A livre iniciativa é a obrigação da Administração em garantir o livre acesso à atividade empreendedorística, a não criação de entraves e a manutenção de uma infraestrutura capaz de garantir o funcionamento do mercado. Já a valorização do trabalho humano é um fundamento que dá a incumbência ao Estado de criar condições de empregabilidade, proteção e formação do trabalhador. A Constituição também traçou a finalidade da ordem econômica no art.170, que deve assegurar a todos a existência digna conforme os ditames da justiça social.

⁵ AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 5a Ed. São Paulo: Atlas, 2016, p.387.

⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 18a Ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p.124.

⁷ ELZIRIK, Nelson. Monopólio estatal da atividade econômica. *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.194, p.63-76, out./dez. 1993, p.65.

Quanto aos princípios a serem observados, eles são: a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego, e o tratamento favorecido para empresas de pequeno porte brasileiras.⁸

Entende-se que a soberania nacional possui duas faces: a interna, em ela representa a manutenção da paz entre os indivíduos componentes da sociedade, como forma de permitir ao Estado a garantia da ordem social, como uma manifestação de supremacia em relação às demais forças sociais presentes na arena política e, a externa, pauta-se em uma relação de equilíbrio entre os diferentes Estados, em que se encontra uma posição de igualdade formal com a existência de centenas de tratados.⁹ Num contexto da ordem econômica, o princípio orienta a defesa do mercado nacional contra práticas anti-concorrenciais externas.

A propriedade privada, segundo Fábio Konder Comparato, foi concebida como um instrumento de garantia da liberdade individual, especialmente contra a intrusão dos Poderes Públicos, categorizada como um direito-meio. A propriedade não é garantida em si mesma, mas como instrumento de proteção de valores fundamentais. Dada essa conclusão, entende que o Estado contemporâneo, devido as suas transformações, deram à propriedade, além da garantida de proteção de valores fundamentais, a função de servir como instrumento de realização da igualdade social e da solidariedade coletiva perante os fracos e desamparados. Vincula-se, portanto, o direito à propriedade privada, ao princípio da função social da propriedade.¹⁰

O princípio da função social da propriedade determina ao proprietário não apenas o dever de não exercer seu direito em malefício de

⁸ Ver o artigo 170 da Constituição Federal.

⁹ MIRANDA, Napoleão. Globalização, soberania nacional e direito internacional. Revista CEJ, Brasília, n.27, p.86-94, out./dez. 2004, p.87.

¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/123/166>>. Acesso e: 02 set. 2017.

outrem, como também a obrigação de atuar de maneira benéfica.¹¹ Entende-se que a “funcionalização da propriedade cumpre no Brasil, ainda que de forma peculiar, o objetivo histórico para qual ela foi idealizada, na metade do século XIX, e refinada com a emergência do Estado social, pois reafirma e relegitima a propriedade privada, impede (em tese) a improdutividade e, ainda, reverbera um discurso social, não aplicado na prática, que acalma o ímpeto por terra dos não proprietários.”¹²

Referente ao objetivo da livre concorrência, o princípio não consiste em garantir, ao se analisar o núcleo da norma, a existência de uma ampla gama de competidores, mas reivindica um processo de competição justo que possibilite que os *players* do mercado possam concorrer de forma igualitária. Evidentemente que, como bem ressalta Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, existem mercados que são mais eficientes com um número menor de agentes econômicos, no que ele chama de monopólio natural¹³, pois o objetivo da livre concorrência é preservar o processo de competição e não seus competidores.¹⁴

Para Paula Forgioni, o princípio da livre concorrência abriga-se na atuação estatal no sentido de disciplinar comportamentos que resultariam prejuízos à concorrência e disciplinar a atuação dos agentes econômicos, de forma a implementar uma política pública.¹⁵

No entanto, relembra Eros Grau que a livre concorrência sistematizada na Constituição é na realidade a liberdade de concorrência, uma vez que não existe uma competição aberta de mercado, devido a existência de

¹¹ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 18a Ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p.243.

¹² SANTOS, Luasses Gonçalves dos. Função social da propriedade: retomada histórica e crítica de seus fundamentos liberais. 2013. 171 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2013, p. 152.

¹³ Segundo o autor, o monopólio natural “é uma estrutura caracterizada por uma alta escala mínima viável *vis-à-vis* o tamanho do mercado. Isso se dá em razão dos elevados custos fixos presentes e pelo baixo custo marginal nesse determinado segmento. Em outras palavras, não compensa entrar no mercado porque só há espaço para um agente econômico”. Em: RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência. *Scientia Iuris*, Londrina, v.10, p.83-96, 2006, p.86.

¹⁴ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência. *Scientia Iuris*, Londrina, v.10, p.83-96, 2006, p.86.

¹⁵ FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 9a Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.143.

for repressão do Estado aos abusos do poder econômico.¹⁶ Para ele, a livre concorrência não deve ser interpretada em um livre jogo de forças de mercado, dado que a pretensão constitucional foi de possibilitar a liberdade de concorrência, desdobrada em liberdades privadas e liberdade pública. Isso decorre do fato de que a concorrência livre somente poderia ter lugar em condições de mercado nas quais não se manifestasse o fenômeno do poder econômico.¹⁷

A defesa do consumidor é um princípio que cumpre uma dupla função. Num primeiro momento, é um instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna e objetivo particular a ser alcançado. No outro momento, é uma norma-objetivo, com caráter constitucional conformador que reivindica a realização de políticas públicas.¹⁸ A preocupação com os direitos dos consumidores se destaca com a sedimentação do sistema capitalista e o livre comércio, o que torna inegável separar a relação de consumo da ordem econômica, afinal, “no mercado de uma sociedade capitalista, o homem comum é o consumidor soberano que, comprando ou abstendo-se de comprar, determina em última instância, o que deve ser produzido, em que quantidade e com qual qualidade”.¹⁹

Quanto ao princípio da defesa do meio ambiente, é uma reação constitucional contra a exploração predatória dos recursos naturais, sedimentando a orientação de que o desenvolvimento nacional deve sempre buscar a sustentabilidade para garantir plenas condições às futuras gerações.

A redução das desigualdades regionais e sociais é outro princípio fundamentador da atuação do Estado na implementação de ações afirmativas e políticas públicas, no modelo constitucional de bem-estar social.

¹⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 18a Ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p.205.

¹⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 18a Ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p.204.

¹⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 18a Ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p.246.

¹⁹ MISES, Ludwig von. *A mentalidade anticapitalista*. Campinas: Vide Editorial, 2015, p.27.

O princípio da busca do pleno emprego, amparado no inciso III do artigo 170, funda-se num ideal keynesiano de emprego pleno de todos os recursos e fatores da produção. Também é um princípio informador da função social da propriedade, no que se refere o uso pelo titular de um poder-dever da propriedade privada, acarretando indiretamente a garantia para o trabalhador a valorização do trabalho humano e o direito social ao trabalho.²⁰

Em último, o tratamento favorecido para empresas de pequeno porte brasileiras é um princípio estabelecido pela Constituição com o fundamento de garantir que o pequeno empresário possa disputar com uma igualdade formal e material com os outros *players* do mercado. A Carta faz uma ressalva que este tratamento favorecido só pode beneficiárias as empresas de pequeno porte constituídas sob leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país. Denota-se aqui que reserva feita é justamente para garantir a própria soberania nacional anteriormente explanada, na medida que defende o mercado nacional. Atualmente, a Lei complementar n.º123 regulamenta o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno porte, explanando sobre o seu regime diferenciado na seara administrativa, previdenciária e tributária.

3. Modalidades de atuação estatal na ordem econômica atualmente exercidos no Brasil

Celso Antônio Bandeira de Mello considera que a interferência do Estado pode dar-se de três maneiras: 1) A primeira, através do seu poder de polícia, conforme o artigo 174 da Constituição Federal, posto em prática por meio de leis e atos administrativos para executá-las, exercendo funções de fiscalização e planejamento; 2) Atuação própria, excepcionalmente, atuando na seara empresarial, com a criação de sociedades de economia mista e empresa pública, nos ditames do artigo 173; 3) Incenti-

²⁰ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 18a Ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p.250.

vos à iniciativa privada, com estímulos por meio de benefícios fiscais e financiamento.²¹

Expliquemos, neste momento, cada uma das modalidades.

O poder de polícia, voltado ao poder de impor limitações ao exercício da liberdade e da propriedade, consiste na externalização por meio de leis que delinham os direitos quanto dos atos administrativos que lhes dão execução. Engloba, sob o único nome, disposições superiores e providências subalternas.²²

“O poder de polícia, que é o principal instrumento do Estado no processo de disciplina e continência dos interesses individuais, reproduz, na evolução de seu conceito, essa linha ascensional de intervenção dos poderes públicos. De simples meio de manutenção da ordem pública ele se expande ao domínio econômico e social, subordinando ao controle e à ação coercitiva do Estado uma larga porção da iniciativa privada”.²³

No que tange a atuação própria do Estado, a atividade econômica é exercida pelas empresas estatais, assim designadas todas as entidades em que o Estado possui controle acionário, de forma direta ou indireta. As Empresas estatais se subdividem em Empresa Pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias. Maria Sylvia Zanella de Pietro também acrescenta nessa categoria as empresas que a Constituição Federal faz referência, como categoria à parte, citando os artigos 37, XVII, 71, II, 165, §5º, II e 173, §1º.²⁴

Segundo o artigo 173 da Constituição, a exploração de forma direta pelo Estado da atividade econômica será autorizada quando obedecer relevante interesse coletivo e/ou for necessária aos imperativos de segurança nacional, com ressalva dos casos previstos na carta constitucional. Para Felipe da Silva Antunes, o Poder público deve ofertar bens e serviços quando os mercados privados tiverem força insuficiente para garantir

²¹ MELLO, Celso Antônio de. Curso de Direito Administrativo. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 812.

²² MELLO, Celso Antônio de. Curso de Direito Administrativo. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 839.

²³ TÁCITO, Caio. O poder de polícia e seus limites. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.27, p.1-11, jan.1952, p.1.

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylva Zanella. Direito Administrativo. 30ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 465.

esse fornecimento, quando for necessário “internalizar externalidades e quando existem economias de escala significativas”.²⁵

Concorda-se com Emerson Gabardo, no tocante a atuação do Estado de forma atípica na seara privada quando em casos de segurança nacional e interesse coletivo. Aduz o autor que nesses casos, mesmo que a decisão da atuação do Estado seja discricionária, nunca será nos mesmos termos em que o particular, nem por mera insuficiência da atividade privada numa situação concreta, na concepção de um mero substituto suplementador, pois não é condição jurídico-autorizativa a presença de uma situação de mercado em que os recursos estejam empregados de forma precária no atendimento dos consumidores.²⁶

Quanto aos incentivos à iniciativa privada, com benefícios fiscais e financiamento, aqui se localizam as políticas públicas desempenhadas pelo Estado. Segundo Vanice Regina Lírio do Valle, “a política pública consiste em decisão quanto ao percurso da ação formulada por atores governamentais, revestida de autoridade e sujeita a sanções”.²⁷ Nessa seara, um exemplo manifesto é a empresa pública Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), voltado ao financiamento de longo prazo e investimento na economia brasileira.²⁸

A atuação do Estado no setor de fomento público no desenvolvimento econômico não deve ser desconsiderada como uma maneira de intervir na ordem econômica, em razão de não só pelo fomento governamental em si ser uma forma de atuação estatal, mas também a priorização das áreas que serão beneficiadas com o financiamento, seguindo, teoricamente, os imperativos do interesse público. De fato, “o crédito torna-se um fator necessário para o desenvolvimento quando as

²⁵ ANTUNES, Felipe da Silva. A importância do papel do estado na atividade econômica. *A Economia em Revista*, Maringá, v.22, n.1, p.15-30, julho 2014, p.20.

²⁶ GABARDO, Emerson. Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. *Belo Horizonte: Fórum*, 2009, p.228-229.

²⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. 2 Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.33.

²⁸ Banco nacional do desenvolvimento. *Quem somos*. Disponível em: < <http://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/quem-somos>>. Acesso em: 01 set. 2017.

inovações são feitas por novos empresários que não tem seus próprios meios de produção. Assim, através da criação de meios de pagamento *ad hoc* – moeda bancária – pelos bancos, esses concedem aos empresários-inovadores o poder de compra necessário para desviar os recursos de seus usos tradicionais, permitindo que as inovações ocorram”.²⁹

4. Regulação econômica: Conceito e instrumentos do contexto brasileiro

Regulação consiste em três conceitos que não excluem uns aos outros, mas se entrelaçam. Numa primeira definição, trata-se de organização do exercício do poder político por seu titular, em seguida, no reequilíbrio das relações de força e na terceira definição, na organização permanente de setores econômicos que não são orientados exclusivamente pelo princípio da concorrência. O regulador é guiado pela construção de equilíbrios criados artificialmente para o setor, visando proteger aquele que possui menos condições de participar do jogo. Os dois primeiros sentidos da regulação limitam-se a interferir na construção de setores nos quais a concorrência penetra, mas não governa sozinha, constituindo o direito da regulação econômica.³⁰

A regulação faz parte do poder de polícia exercido pelo Poder público, sendo esta uma das modalidades de atuação estatal na economia.

Uma das maneiras de regulação da ordem economia brasileira é por meio das agências reguladoras. Autarquias sob regime especial, promovem a regulação de setores econômicos específicos, criando regras, executando-as, fiscalizando e sancionando os que cometem infrações. “Surgiram como parte do processo de transformações contemporâneas

²⁹ DE PAULA, Luiz Fernando de. Sistema financeiro, bancos e financiamento da economia: uma abordagem keynesiana. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p.128.

³⁰ FRISSON-ROCHE, Marie-Anne. Definição do direito da regulação econômica. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 3, n.9, p.207-217, jan./mar. 2005, p.216.

do papel estatal, que passou de uma postura de concentração regulatória operacional para uma concentração regulatória normativa”.³¹

As agências reguladoras atualmente existentes são a Agência Nacional de Águas – ANA, Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, Agência Nacional do Petróleo – ANP, Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA e a recém criada Agência Nacional de Mineração – ANM.

Concorda-se com posicionamento de Fernando Herren Aguillar³² que defende a não caracterização da Agência Nacional do Cinema – ANCINE, apesar de ser instituída formalmente como autarquia de regime especial pela Medida provisória n.º 2.228-1 de 2001, visto que seu principal objetivo como ente público autônomo é a criação de políticas ao fomento do cinema nacional e não necessariamente a regulação do setor econômico específico.

Outra maneira de regulação da ordem econômica é a criação de autarquias que atuem no setor financeiro ou concorrencial. Que usualmente compõem sistemas nacionais que fiscalizam e julgam administrativamente algum setor econômico amplo. É o caso, por exemplo, do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE³³ e a Secretaria de Acompa-

³¹ AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016, p.235.

³² “Existem entidades da Administração Pública que têm a denominação de agências, mas não são agências reguladoras no sentido que adoto aqui, que é o de regulação normativa. A Agência Nacional do Cinema (ANCINE) não é uma agência reguladora, servindo para conjugar os esforços de estímulo à produção cinematográfica”. Em: AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016, p.237.

³³ Em relação ao CADE, Paula Forgioni tece o seguinte comentário: “Em um país de dimensões continentais, com diversidades tão marcadas entre as regiões e em ebulição econômica, não se pode pretender que o CADE, a partir de seus gabinetes de Brasília, tenha condições de, sozinho, coibir o abuso de posições dominantes e de práticas anticompetitivas em todo o território nacional. A lei 12.529/2011, na medida em que protege interesses difusos, ligados ao bom funcionamento do mercado e à defesa dos consumidores, deve ter eficácia material garantida pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário. Em: FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.128-129.

nhamento Econômico do Ministério da Fazenda. Outro exemplo é o Sistema Financeiro Nacional, responsável pelo controle das políticas monetárias da Administração Pública, mas que também regula, dentro da sua competência, a ordem econômica, como é o caso da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, autarquia destinada à fiscalização do mercado de valores mobiliários.

5. Os perigos de um Estado excessivamente interventor

Entende-se que no cenário brasileiro, o Poder Público foi um ator importante para promover o desenvolvimento econômico, o que contribuiu para a expansão da matriz produtiva nacional. Entretanto, além dos benefícios gerados, também contribuiu para o aumento das desigualdades regionais e para uma maior concentração de renda, excluindo boa parte da população. No final do século XX, a participação estatal ativa na economia perdeu força em razão da crise fiscal e da ascensão de um posicionamento neoliberal de não intervencionismo, que se tornou predominante na época. Este cenário vem mudando, principalmente no que diz respeito a participação do Estado em programas de transferência de renda para a camada da população menos assistida.³⁴

Seja qual forma de atuação do Poder público no âmbito econômico, a atividade regulatória não pode ser utilizada indiscriminadamente e de forma inconsequente, pois, sem essa observação, é possível acarretar um fortalecimento despropositado e desproporcional do Estado, principalmente do Poder Executivo, motivando o surgimento de medidas autoritárias com disfarces de supostas regulações.³⁵

Neste último momento, é imperioso uma breve reflexão sobre as consequências de uma regulação excessiva do mercado. Quatro possíveis consequências podem ocorrer quando há uma regulação excessiva do

³⁴ ANTUNES, Felipe da Silva. A importância do papel do estado na atividade econômica. *A Economia em Revista*, v.22, n.1, p.15-30, julho 2014, p.28.

³⁵ PLACHA, Gabriel. Os impactos e as perspectivas da regulação estatal sobre as atividades econômicas. *Revista Direito Econômico e Socioambiental*. Curitiba, v.1, n.2, p.251-270, jul./dez.2010, p. 267.

mercado: 1) aumento na dificuldade de entrada, manutenção e saída de *players* do mercado; 2) probabilidade de surgimento de monopólios e oligopólios; 3) o atravancamento da inovação tecnológica; 4) potencial “fuga de capitais”.

O Poder Público possui a possibilidade de estabelecer e estruturar dois fatores basilares que devem ser considerados por qualquer empreendedor: a regulação, seja ela o estabelecimento de regramentos administrativos, trabalhistas ou cíveis, e a tributação. Se qualquer um dos fatores elencados forem exercidos de maneira desmedida, a possibilidade de se reconsiderar empreender é bastante alta. O empresário lança dois questionamentos, de acordo com os elementos: “vale a pena se submeter a todo regramento existente?” e “o quanto a tributação irá afetar o meu negócio?”. Se a disfunção burocrática for excessiva e a carga tributária alta e confusa, uma parcela de possíveis empresários de menor porte é deixada fora do mercado por conta dos altos custos para o empreendimento.

A segunda consequência possui um liame com a primeira. No momento em que o Poder Público regula de maneira excessiva e assim impossibilita que grande parte de possíveis empreendedores possam adentrar no mercado, a possibilidade desse mercado ser controlado por empreendedores mais fortes, que superaram a regulação excessiva, é alta.

Consequentemente, com a falta de concorrência pelo excesso de regulação, a exigência de inovação tecnológica constante para conquistar fatias maiores do mercado acaba por perder a necessidade, devido à falta de concorrência. Sem inovação tecnológica, a eficiência quanto ao serviço/bem oferecido pela atividade privada, bem como o seu preço final, fatalmente deteriora-se, atrasando tecnologicamente o mercado nacional.

Quanto ao quarto tópico, entende-se que “uma tributação punitiva pode prejudicar os direitos de propriedade, afetando os mercados privados, além de que, em um ambiente global, elevados impostos podem

induzir a fuga de capitais para países com tributação inferior, reduzindo o potencial de crescimento do país com altos tributos”.³⁶

6. Considerações finais

Buscou-se, com o presente trabalho, explanar sobre a ordem econômica brasileira e a atuação do Poder Público na economia. Conclui-se que:

-A atuação da Administração Pública na seara econômica visa garantir um desenvolvimento socioeconômico equilibrado, dada a instabilidade criada pelo mecanismo natural do mercado e na tentativa de promover o objetivo constitucional de desenvolvimento nacional nos ditames do artigo 3º, II;

- A Constituição possibilita a atuação estatal direta na economia somente, e tão somente, quando haja interesse público em tal intervenção.

-Usualmente, o desequilíbrio da prestação de algum bem ou serviço de importância estratégica ou de cumprimento de algum direito fundamental, considerando que a seara privada não consegue ou não considera relevante prestar a atividade, é um dos fatores a ser apreciado na formulação de um plano de atuação direta da Administração na atividade econômica. Se existe interesse público nessa necessidade, a atuação do Estado é autorizada.

-Defende-se que qualquer que seja a forma de atuação do Estado da economia, quando for insuficiente, ineficaz ou inclusive excessiva, prejudicando a evolução do mercado, a fundamentação sob o princípio da prevalência do interesse público sobre o privado torna-se injustificada, o que impõe ao Poder Público a tomar medidas mais efetivas, seja no sentido de atuar de forma mais impositiva ou branda.

³⁶ ANTUNES, Felipe da Silva. A importância do papel do estado na atividade econômica. A Economia em Revista, v.22, n.1, p.15-30, julho 2014, p.20.

7. Referências

- AGUILLAR, Fernando Herren. Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- ANTUNES, Felipe da Silva. A importância do papel do estado na atividade econômica. A Economia em Revista, Maringá, v.22, n.1, p.15-30, julho 2014.
- COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/123/166>>. Acesso em: 02 set. 2017.
- DE PAULA, Luiz Fernando de. Sistema financeiro, bancos e financiamento da economia: uma abordagem keynesiana. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- DI PIETRO, Maria Sylva Zanella. Direito Administrativo. 30ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- EIZIRIK, Nelson. Monopólio estatal da atividade econômica. Revista Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.194, p.63-76, out./dez. 1993.
- FRISSON-ROCHE, Marie-Anne. Definição do direito da regulação econômica. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 3, n.9, p.207-217, jan./mar. 2005.
- FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 9ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- GABARDO, Emerson. Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 18ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 12ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MELLO, Celso Antônio de. Curso de Direito Administrativo. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MIRANDA, Napoleão. Globalização, soberania nacional e direito internacional. Revista CEJ, Brasília, n.27, p.86-94, out./dez. 2004.

MISES, Ludwig von. A mentalidade anticapitalista. Campinas: Vide Editorial, 2015.

PLACHA, Gabriel. Os impactos e as perspectivas da regulação estatal sobre as atividades econômicas. Revista Direito Econômico e Socioambiental. Curitiba, v.1, n.2, p.251-270, jul./dez.2010.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência. Scientia Iuris, Londrina, v.10, p.83-96, 2006.

SANTOS, Luasses Gonçalves dos. Função social da propriedade: retomada histórica e crítica de seus fundamentos liberais. 2013. 171 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2013.

TÁCITO, Caio. O poder de polícia e seus limites. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.27, p.1-11, jan.1952.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial. 2 Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

A obrigação contratual diante da jurisprudência constitucional contemporânea¹

Lúcio Flávio J. Sunakozawa ²

Gabriela Oshiro Reynaldo ³

1. Introdução

*"O pressuposto último das várias épocas do direito privado
foi sempre a constituição de um método mais seguro de
ordenação da globalidade dos problemas do seu tempo."*⁴

Prima facie, o tema atinente aos contratos sempre é muito palpitante para os operadores do direito, mormente com o advento do Novo Código Civil Brasileiro, de 2002, com vigência a partir de 11.01.2003 que reconhece as suas discussões e transformações ao longo de sua existência.

Nesse raciocínio, aproveitando-se da observação do altissonante professor Guilherme Calmon, que demonstrou com peculiar lucidez a dinâmica já pressentida pelo Direito, fruto de estudo atento sobre o Direito de Família, ao asseverar, *ipsis verbis*, que

¹ Artigo atualizado do originalmente publicado no livro Teoria e Direito das Obrigações Contratuais. CARLI, Vilma Maria Inocência (Org.). Campinas: BOOKSELLER, 2005, p. 273-296.

² Professor de Direito na UEMS. Mestre em Desenvolvimento Local. (UCDB). Doutorando em Direito (USP). Titular da Cadeira nº 3 da Academia de Letras Jurídicas de MS. E-mail: professor.lucioflavio@gmail.com

³ Mestre em Desenvolvimento Local. Graduada em Geografia (UEMS) e em Direito (UCDB). Professora e Advogada. E-mail: oshiro.gabriela@hotmail.com

⁴ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

A família vem sendo alvo de uma série de alterações nos últimos tempos, resultado de profundas mudanças ocorridas na comunidade mundial em diversos setores, bem como do desaparecimento de determinados dogmas e princípios outrora considerados inatacáveis. A realidade dos acontecimentos, influenciando diretamente no convívio humano, não poderia passar despercebida no Direito.⁵

Todavia, clamando por especial atenção, tanto o Direito de Família como o Direito Contratual sofreram enormes mutações em sua aplicabilidade jurídica e social, cuja dinâmica é imposta por mudanças constantes que vem ocorrendo em muitas searas na sociedade brasileira.

Sem embargos, há uma tendência ao estreitamento na interpretação dos institutos jurídicos⁶, que permeiam os diversos ramos do Direito, que geram uma necessidade de renovação e revisitação dos valores éticos e sociais, inclusive, sobre a “*distinção entre direito público e direito privado*”, segundo Mattietto⁷ ao observar as lições de Pietro Perlingieri, “[...] está em profunda crise, pois em uma sociedade como a atual é tarefa bastante difícil localizar um interesse privado que seja completamente autônomo, independente, isolado do interesse público”.

O despertar pelo interesse de estudos sobre o contrato não pode ser atribuído somente ao Direito Civil⁸, ou Direito Contratual como se esta especialidade fosse apenas atrelado àquele gênero do Direito. O professor Washington Peluso Albino De Souza já observara que

[...] o contrato não pode ser tomado como exclusivo de um ou de alguns ramos do direito, mesmo porque é um só, uno e indivisível. A idéia de Justiça é inteira e não permite retalhamentos. [...]. Quanto às modalidades deste ins-

⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Família no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 1.

⁶ Conforme observação do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, no prefácio da obra *A Família no Direito Penal*, *op.cit.*, “*A intercomunicação dos setores dogmáticos é cada vez mais estreita no Direito.*”

⁷ MATTIETTO, Leonardo. O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2.000. p.164-165.

⁸ LEÓN DUGUIT já adiantara esse pensamento, *verbis*: “*Pero la mayoría de los juriconsultos, dominados por la concepción tradicional, en lugar de ver en todos estos actos, que no conoce el Derecho civilista, formas jurídicas nuevas, en lugar de analizarlas como tales, han querido, a toda costa, comprenderlas en el viejo cuadro estrecho del contrato.*” (*La Transformaciones de Derecho (Público y Privado)*). Buenos Aires: Heliasta, s.d. p. 225.

trumento é que, uma vez, admitidos os ramos ou as disciplinas jurídicas, podemos então engendrar as normas que o regem e distribuí-las pelos respectivos escaninhos convencionais. Dentre estes, o Direito Econômico é um dos figurantes.⁹

Enfim, em avançado pensamento, há muito tempo, como frisado pelo mestre baiano Orlando Gomes¹⁰ “O contrato, sofreu, no tempo, importantes transformações, das quais um dos aspectos mais interessantes é a dissociação entre o acordo, que é o fato jurígeno, e a relação, que é o seu efeito essencial”.

As explicações que cercam o contrato, desde o seu apogeu com a força da autonomia da vontade, da valorização do indivíduo, da intervenção do Estado e de outros aspectos que fizeram chegar ao atual reconhecimento de princípios basilares da função social, da boa-fé, da lesão, da onerosidade excessiva demonstram, sobretudo, a tradicional lentidão desenvolvida sob o sistema jurídico vigente, em especial para acatar e atribuir devido valor ao princípios vitais de cada instituto jurídico, por mera ausência de previsão ou adequação legislativa, geralmente as de caráter infraconstitucional, descuidando-se de uma interpretação mais acurada com os ditames constitucionais^{11 12 13} atuais ou pela equívoca insistência em manter intactos conceitos superados pelo tempo...

Algumas mudanças sempre estarão por ocorrer. As influências e as tendências sobre a teoria dos contratos, portanto, nunca foi pacificado.

⁹ SOUZA, Washington Peluso Albino. **Lições de Direito Econômico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 112.

¹⁰ GOMES, Orlando. Algumas Inovações na Teoria Geral do Contrato. In: AASP. **Revista dos Advogados**. São Paulo: AASP, 1982. N° 09, ano III, p.5.

¹¹ Segundo o professor Caio Mário, no “*novo sistema de interpretação destacam-se os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, os quais se impõem aos interesses particulares, prevalecendo a constitucionalização do Direito Civil.*” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Apresentação*. In: DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. (BH: Del Rey-IBDFAM, 2002. p.vi.).

¹² PIETRO PERLINGIERI afirma que “*as leis especiais não são mais consideradas atuativas dos princípios codicísticos, mas daqueles constitucionais, elas não podem ter lógicas de setor autônomas ou independentes das lógicas globais do quadro constitucional. Elas também devem ser sempre concebidas e conhecidas obrigatoriamente no âmbito do sistema unitariamente considerado*” (Perfis do Direito Civil. Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p. 79).

¹³ Gustavo Tepedino diz que “*a perspectiva de interpretação civil-constitucional permite que sejam revigorados os institutos de direito civil, muitos deles defasados da realidade contemporânea e por isso mesmo relegados ao esquecimento e à ineficácia, repotencializando-os, de molde a torná-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual*” (Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: **Temas do Direito Civil**. 2ª. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 21).

Mesmo com o advento das novas previsões expressas e substanciais sobre o contrato, a partir da vigência do Novo Código Civil. Mas, como o jurista jamais perde a esperança, sempre é comportável que cabe

O importante trabalho que a doutrina e a jurisprudência brasileiras deverão empreender na compreensão, interpretação, aplicação e efetivação das normas jurídicas projetadas, sempre com a preocupação de buscar o fundamento d validade constitucional diante da nova tábua de valores e princípios insculpidos na Magna Carta.¹⁴

O contrato jamais deixou de existir, nem mesmo com as mudanças radicais quanto à interpretação juridicamente válida para o contrato, voltando-se atualmente para o social, o interesse público da coletividade, portanto, adstritas à ordem pública e a renovação de antigos princípios contratuais, como sintetiza Giselda Hironaka, assim:

[...] desde a vitória burguesa até o paradigma da pós-modernidade, foi a sujeição da vontade dos contratantes ao interesse público, como se por atuação de um verdadeiro freio que moderasse a liberdade contratual: tudo em nome do interesse coletivo e em atenção às exigências do bem comum... mais importa, hoje, identificar e reconhecer os princípios que regem a conformação contratual atual, que continuar em debate acerca da presença ou da ausência de novos tipos na composição positiva do direito atual, mesmo porque o fato de estarem consagrados, ou não, pelo beneplácito do legislador contemporâneo, em sede codicista, não parece ser exatamente o viés de maior importância ¹⁵.

Entretanto, com a liberdade contratual perdendo a sua característica exclusivista do direito privado, como defende em tese de doutorado, Joaquim De Sousa Ribeiro, da Universidade de Coimbra, verifica-se um rompimento “com uma compreensão puramente individualista da figura, como técnica ao serviço da autodeterminação da pessoa, essa corrente abre-se à consideração de aspectos funcionais ligados ao processamento

¹⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Das Relações de Parentesco. In: DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey – IBDFAM, 2002.

¹⁵ HIRONAKA, Giselda Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. In: Novo Código Civil. Aspectos Relevantes. **Revista dos Advogados**. São Paulo: AASP, 2002. n° 68. p. 80.

das relações económicas”¹⁶. E mais adiante, ainda, arremata o jurista lusitano, “para ganhar uma dimensão institucional, como elemento objectivo de uma determinada constituição económica.”¹⁷

O contrato contemporâneo, como se avalia, cada vez mais exige o comprometimento ético, político, económico e social, portanto, interessante sob o prisma das perspectivas que se instaura à luz da Ordem Económica Constitucional, como ilustra Eros Grau, que “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme – diz o art. 170, *caput* – os ditames da justiça social.”¹⁸.

O fenómeno jurídico-social sofrido pelo contrato, em verdade pode transparecer aos menos avisados a desnecessidade de uma análise sob à égide dos princípios de ordem económica, mas, ao contrário disso, engloba um impacto muito grande.¹⁹

Por derradeiro, em síntese, o contrato é um instituto que não se encerra em si mesmo, com farta participação histórica na humanidade, mas apenas, como adverte Enzo Roppo, “a verdade é que não existe uma “essência” histórica do contrato; existe sim o contrato, na variedade das suas formas históricas e das suas concretas transformações.”²⁰.

2. Antecedentes históricos do contrato

No direito romano clássico, o contrato era extremamente formalista e solene, sob pena de nulidade, tal como a *stipulatio* somente se consolidava validamente quando diante da pergunta *Spondesne?* (Prometes?), a resposta deveria ser *Spondeo!* (Prometo!)²¹. A desobediência a

¹⁶ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O Problema do Contrato - As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 183.

¹⁷ *Ibid.*, O Problema do Contrato, p.183.

¹⁸ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Económica na Constituição de 1988**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 203.

¹⁹ STEPHEN, Frank H. **Teoria Económica do Direito. Capítulo 8. Contrato**. São Paulo: Makron Books, 1993, p. 142.

²⁰ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p.348.

²¹ “Para formar a obrigação verbal usavam-se antigamente essas palavras: *Respondes? Respondo. Prometes? Prometo. Garantes? Garanto. Afianças? Afianço. Darás? Darei. Farás? Farei. Pouco importa que a estipulação seja em latim, em grego ou em qualquer outra língua, contanto que seja compreendida por ambos os contratantes.*”

um desses elementos, transformava-o em um simples pacto, *pactum, nudum pactum*²², desprovido de qualquer ação.

Gaius, em suas Instituições, foi o primeiro a dizer sobre a distinção entre as obrigações contratuais e as obrigações dos delitos: *omnis obligatio vel ex contract nascitur, vel ex delicto*.

Os contratos puramente consensuais possuem referências desta a Lei das XII Tábuas, como se observa da Tábua I: “8. *Se as partes entram em acordo em caminho, a causa está encerrada.*”²³

Ao passo que na Grécia, sem formalismos, as convenções se davam restritivamente pelo elemento volitivo das partes.²⁴

A obrigação que dá origem ao termo “responsabilidade” expressa, no direito alemão, o *haftung* em razão do *schuld* (débito), embora se afirme que pouco se conheça da origem das obrigações contratuais entre o povo germânico, já que por muito tempo imperou o adágio medieval *ein Mann, ein Wort* que representava a idéia de um povo livre, em razão do respeito da palavra dada. Obviamente, em razão de fortes laços de solidariedade familiar, sob a autoridade do chefe de família, *mondualdo*, diante de outras famílias, *sippes*, eram raras as relações entre clãs, sendo muito comum a troca o que, geralmente, não criava obrigações.²⁵

Nas épocas feudais, no século X a XIII, os contratos ainda são formais. A Igreja interfere na consolidação dos contratos com o juramento, onde se invoca o formalismo sob o testemunho de Deus, *per Deum juro*, ou ainda com o tradicional gesto de se colocar as mãos sobre a Bíblia, o que ainda é visível em certas solenidades modernas.

(JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. **Institutas do Imperados Justiniano**. Trad. de José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2000. p. 231.)

²² Mais adiante, em sentido contrário, através dos Decretais de Gregório IX (X, c. 1 I, 35), *pacta quantumque nuda servantur. (Os pactos, embora nus, devem ser cumpridos)*.

²³ MEIRA, Silvio A. B. **A Lei das XII Tábuas. Fonte do Direito Público e Privado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961. p.168.

²⁴ GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Trad. de A.M.Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979. p. 78.

²⁵ *Op. cit.*, **Introdução Histórica ao Direito**, p. 732.

No século XIII e XV, época que coincide com o crescimento comercial na França, Itália e Países Baixos, implantou-se o respeito pela palavra dada, embora sob forte resistência dos adeptos das teorias romanistas.

Mais adiante, por volta do século XVI, com o desaparecimento dos clãs, das aldeias, o homem é um indivíduo isolado e livre. É o predomínio da **autonomia da vontade contratual**.

O liberalismo econômico aflora pelo século XIX e contrato toma sua relevância econômica e jurídica, pois é o instrumento de impulso e movimentação de bens, riquezas e progresso. Ao Estado não cabe interferir nas relações contratuais. Nesse período, o conceito clássico de contrato influenciou os códigos civis de toda parte, em especial pelo espelho jurídico que representava o Código Civil Francês - Código De Napoleão - de 1804.²⁶

Já em meados do século XIX e no século XX, o individualismo e a teoria liberal nos contratos sofrem ataques veementes, por força de correntes ideológicas e políticas em prol dos sindicatos, proletariados, dos mais fracos (hipossuficientes), como em 1848 com movimentos sociais que se deflagram na França, Alemanha, Áustria e Itália. Adiante, em 1862 (Primeira Internacional), 1871 (Comuna), 1886 (Bélgica) e por volta de 1900 surge o contrato de trabalho.

No limiar do século XXI, a expectativa social criada por cláusulas gerais, de caráter mais abrangente²⁷, é crescente e facilmente detectável nas ações mais simplistas de cada cidadão, dirá nas relações contratuais.

Na atual conjuntura, instaura-se a superação dos postulados voltados para preservar somente o elemento volitivo em detrimento da pessoa, que Luiz Edson Fachin retrata, assim:

Um claro cenário se produz em torno da confiança: o repensar das relações jurídicas nucleadas em torno da pessoa e sua revalorização como centro das

²⁶ Art. 1134, caput: "As convenções legalmente constituídas têm o mesmo valor que a lei relativamente às partes que a fizeram." (DINIZ, Souza. **Código Napoleão ou Código Civil dos Franceses**. São Paulo: Record, 1962.)

²⁷ Conforme leciona TEUBNER, o contrato deve estar atento para todas as questões sociais "quer se trate de questões de consciência individual, de proibições religiosas, de regulação política ou de controle econômico. Devido ao seu alto grau de indeterminação, a cláusula geral é particularmente adequada para a conciliação de envolventes sociais instáveis, portadoras de exigências permanentemente mutáveis e discrepantes." (TEUBNER, Günther. *O Direito como Sistema Autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 236).

preocupações do ordenamento civil. O tema da tutela da confiança não pode ser confinado a um incidente de retorno indevido ao voluntarismo do século passado, nem é apenas um legado do Pandectística e dos postulados clássicos do Direito Privado.²⁸

3.O contrato: influências e superação de paradigmas individualistas

No estudo da teoria contratual é ponto pacífico que a teoria liberal desencadeada a partir da Revolução Francesa e o contra-peso que coloca em face da autonomia da vontade, são fatores que mais se destacam para uma análise de intervenção da ordem econômica constitucional sobre os seus elementos objetivos e subjetivos. É o que se passa desenvolver adiante.

3.1 O Contrato sob Influência do Liberalismo Econômico

As constantes mutações políticas nos séculos XVI à XIX, com base nos ideais de liberdade, implantam um exacerbado individualismo jurídico.

Na França, lutas de caráter religiosas entre católicos e protestantes perduram por mais de trinta anos. Na Espanha, surgem rebeliões contra a nobreza, na tentativa de amenizar o absolutismo e o poder central. As guerras perante um sistema centralizado de poder não levam tempo para refletir nas questões sociais, fazendo surgir a nova burguesia e enfraquecendo os nobres.

A burguesia toma conta das relações econômicas em detrimento do enfraquecimento dos senhores feudais e dos nobres. Surge com isso, um notável desenvolvimento industrial (Revolução Industrial, em 1740) e o naufrágio de um sistema político (Revolução Francesa, em 1789).

A liberdade econômica (*laissez-faire, laissez passer*) propiciou o fortalecimento da autonomia da vontade.

²⁸ FACHIN, Luiz Edson. O "aggiornamento" do Direito Civil Brasileiro e a Confiança Negocial. In: *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 45.

No Brasil, a partir de 1988, as idéias e os reflexos do liberalismo voltaram-se para as questões sociais, como rememora Vicente Barreto

A análise da Constituição de 1988 mostra que o constituinte, sob inspiração do movimento popular pela democracia e a liberdade e sob a influencia ideologia do liberalismo social, teve as seguintes preocupações básicas: democratizar o exercício do poder, acompanhado pelo fortalecimento da cidadania individual e o reconhecimento de uma nova figura do direito público: a cidadania coletiva.²⁹

Logo, nos ideais da liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa, por volta do século XVIII, foram inspiradas os elementos jurídicos contratualistas em diversas codificações, mas que, posteriormente, o contrato foi palco do triunfo de sérios questionamentos (“crise do contrato”). Mas, como defende Giselda Hironaka, “*o contrato não morreu*”³⁰.

3.2 O Contrato diante da Superação do Voluntarismo Individualista

A despeito de inúmeros autores frisarem sobre a superação do individualismo dentro da esfera contratual, advindo de um modelo liberal como anteriormente discorrido,

[...] que tem na vontade a única fonte criadora de direitos e obrigações, formando lei entre as partes, bem como a visão do Estado mínimo, apenas garantidor das regras do jogo, estipuladas pela vontade dos contratantes, a despeito de ainda constar na maioria dos códigos civis em vigor, reflete, na verdade, um momento histórico que não corresponde mais à realidade atual e, portanto, vem tendo seus princípios básicos contestados pelos rumos que a sociedade tomou e pelos ideais que passou a impor.³¹

²⁹ BARRETO, Vicente. **O Liberalismo e a Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira – Casa de Rui Barbosa, 1991. p. 31-32.

³⁰ *Op.cit.*, Contrato..., p. 79.

³¹ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. Os Novos Paradigmas da Teoria Contratual: O Princípio da Boa-fé Objetiva e o Princípio da Tutela do Hipossuficiente. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 50.

Do mesmo modo, Pontes De Miranda ao tecer comentário sobre a necessidade de criar freios para a liberdade individual de contratar, adverte: “não há autonomia absoluta ou ilimitada da vontade; a vontade tem sempre limites, e a alusão à autonomia é alusão ao que se pode querer dentro desses limites.”³²

“A decadência do voluntarismo no Direito Privado, como sistema, se deve a transformações econômicas, políticas e sociais que impuseram o abandono dos seus conceitos”³³, como confere Orlando Gomes, que por sua vez gera um novo rumo de caráter intervencionista estatal, assim exposto pelo mestre baiano:

Essa intervenção direta na econômica de certos contratos, admitida, a princípio, sob forma legislativa, tende a ampliar-se no setor de atuação do poder público através do alargamento do poder regulamentar do Executivo, de tal sorte que a modificação do conteúdo de certos contratos já se vem realizando [...].³⁴

Entretanto, a autonomia da vontade, em dado momento por força constitucional, pode ser encarada como opção válida para determinado ordenamento, segundo a portuguesa Ana Prata, sob três prismas, desde que:

a) Determinando se a autonomia privada é assumida como um princípio constitucional, isto é, se na Constituição se encontra uma garantia de eficácia jurídica à vontade privada no setor econômico — quer ela seja imediata, quer mediata; b) Identificando nas normas constitucionais os princípios de legitimação da intervenção estadual nas relações interprivadas; c) Definindo os campos e os termos em que se encontra garantida, constitucionalmente, a iniciativa econômica privada e analisando-a no seu regime e evolução tendencial³⁵.

³² MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 2ª. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. Tomo XXXVIII. p. 39.

³³ GOMES, Orlando. **Transformações gerais do Direito das Obrigações**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p.10.

³⁴ *Ibid.*, Transformações gerais do Direito das Obrigações, p. 28.

³⁵ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982. p.58.

4. O contrato e suas tendências jurídicas

Oportuno é afirmar aqui as tendências implantadas com a recente adequação do Código Civil Brasileiro de 2002 que, através do Projeto de Miguel Reale, abriga diversos princípios que embora latentes na Doutrina, encontrava resistência pela tradição exegeta de muitos operadores do Direito.

4.1 Função Social dos Contratos

Após o Estado Liberal, surge o “Estado Social” que “foi impulsionado pelos movimentos populares que postulam muito mais que a liberdade e a igualdade formais, passando a assegurar os direitos do homem de segunda geração, ou seja, os direitos sociais.”³⁶

Mas, a Função Social do Contrato não é novidade contratual, pois, com propriedade, o saudoso Orlando Gomes, ao frisar sobre o que modernamente se aplica ao direito obrigacional, alinhavava o seguinte raciocínio “[...] no sentido de realizar melhor equilíbrio social, imbuídos seus preceitos não somente da preocupação moral de impedir a exploração do fraco pelo forte, senão também, de sobrepor o interesse coletivo, em que se inclui a harmonia social”.³⁷

É de Antônio Junqueira De Azevedo³⁸ o apontamento que a Constituição Federal Brasileira é precisa em demonstrar

[...] o valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV); essa disposição impõe, ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade e essa asserção, por força da Constituição, faz parte, hoje, do ordenamento positivo brasileiro.

³⁶ LOBO NETO, Paulo Luiz. Contrato e Mudança Social. In: **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, Vol. 722. p. 42

³⁷ *Op. cit.*, Transformações gerais do Direito das Obrigações, p.1.

³⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira. Princípios do Novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. Vol. 750. p. 116.

4.2 Boa-Fé nos Contratos

Não sem razão qualquer, Galbert De Bruges, notário flamengo do condado de Flandres, retrata o teor de um contrato vassálico, sob determinação firme e convicta boa-fé do pactuante, ocorrida na Normandia (1127):

Em primeiro lugar fizeram homenagem da maneira seguinte. O conde perguntou ao futuro vassallo se ele queria tornar-se seu homem, sem reserva, e este respondeu-lhe: “Quero”, depois com as suas mãos apertadas nas do conde, aliam-se com um beijo. Em segundo lugar, aquele que tinha prestado homenagem comprometeu a sua fé ao delegado do conde nestes termos: “Prometo por minha fé ser, a partir deste instante, fiel ao conde Guilherme e de lhe guardar contra todos, e inteiramente, a minha homenagem, de boa-fé e sem embustes”; e em terceiro lugar, jurou o mesmo sobre as relíquias dos santos.³⁹

Como ressalta Cláudia Lima Marques, ao referir-se ao novo contrato, “A lei passará proteger determinados interesses sociais, valorizando a confiança depositada no vínculo, as expectativas e a boa-fé das partes contratantes.”⁴⁰

Mesmo em casos lacunosos ou conflitivos no direito, já esposava o fenomenal Clóvis Bevilacqua sobre a necessidade de observância da boa-fé, como forma de “prover os casos novos e preencher as lacunas do direito escrito, enquanto não sobrevém a reforma exigida pela evolução social⁴¹”. E adiante, o autor do Código Civil de 1916, pacifica que

[...] entre a rigidez do principio conservador e garantidor – pacta sunt servanda – e a regra excepcional da justiça – rebus sic stantibus, se resolve, na prática e na jurisprudência, pela boa-fé na interpretação dos contratos, e, na legislação, pela saturação da moral na vida jurídica.

³⁹ *Op. cit.*, Introdução Histórica ao Direito, p.193.

⁴⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 51.

⁴¹ BEVILAGUA, Clóvis. Evolução da Teoria dos Contratos em nossos dias. In: **Revista de Crítica Judiciária**. Rio de Janeiro: s.e., setembro de 1938

A boa-fé existe há muito tempo em diversas codificações.

Surge a boa-fé objetiva na primeira codificação, o Código de Napoleão de 21 de março de 1804 (30 ventoso, ano XII), textualmente, apresenta na parte final da redação do art. 1134, Título III – Dos Contratos, Capítulo III Dos Efeitos das Obrigações, serviu de inspiração para firmar o *pacta sunt servanda, in verbis*: “Devem ser executadas de boa-fé”.

No Código Civil Alemão – *Bürgerliches Gesetzbuch BGB* – de 18 de agosto de 1896, no Livro III, Direito das Obrigações (*Recht der Schuldverhältnisse*), traz no § 242, com o seguinte teor: “O devedor está obrigado a executar a prestação com a boa-fé, em atenção aos usos e costumes, o exige”.⁴²

E foi do Código Civil alemão que o direito brasileiro extraiu a boa-fé⁴³ objetiva como princípio jurídico para nortear todas as relações jurídicas.

Muitos cometem equívoco ao dizer que o Código Civil de 1916, arquetizado por Clóvis Bevilacqua, não contemplasse a boa-fé. Por óbvio, não houve cláusula geral, mas o seu comentário a respeito do artigo 1443 encartava o seguinte: “[...] o seguro é contrato de boa-fé. Aliás todos os contratos devem ser de boa-fé.”⁴⁴

Outro ponto, mesmo ausente da antiga codificação civil, Clóvis Couto e Silva apontava para a necessidade de se observar a boa-fé em toda relação obrigacional.⁴⁵

No Novo Código Civil Brasileiro, de 2002, a expressão boa-fé aparece em diversas disposições, tais como nos artigos 113 e 187, mas é no artigo 422 que isso toma relevo: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

⁴² SOUZA DINIZ. **Código Civil Alemão**. Rio de Janeiro: Record, 1960. p. 56.

⁴³ Vide MARTINS-COSTA, Judith. A Incidência do princípio da boa-fé no período pré-negocial: reflexões em torno de uma notícia jornalística. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. Vol.4. p. 148.

⁴⁴ BEVILAGUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. 10 ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1957, Vol. V, p. 157.

⁴⁵ SILVA, Clóvis Couto e. **A Obrigação como Processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 30.

No artigo 187 do referido diploma legal, a boa-fé⁴⁶ é fator de limitação à liberdade contratual, juntamente com os bons costumes, as finalidades econômicas e sociais que forem violadas, mesmo no exercício de um direito (no caso, se trata de um exercício abusivo do direito).

O princípio da proporcionalidade⁴⁷ na forma como pregada por Robert Alexy⁴⁸, neste tópico, também está latente, pois o peso dos fatores econômicos, sociais e éticos são decisivos para espantar o direito utilizado de forma abusiva.

A teoria do abuso do direito é encarada como uma das “teorias humanizadoras do Direito”, como prescreve Heloisa Carpena vez que na

[...] ótica solidarista, trazida pela nova ordem constitucional, os direitos subjetivos se relativizam e os limites ao seu exercício passa a ser estabelecidos por uma tábua de valores afinados com o primado da dignidade da pessoa humana.⁴⁹

4.3 A Eticidade, Operabilidade e Socialidade (Miguel Reale)

Como o grande mentor do Novo Código Civil Brasileiro, a Lei n. 10.406, de 10.01.2002, com vigência a partir de 11.01.2003, o professor

⁴⁶ “Sendo uma criação do Direito, a boa fé não opera como um conceito comum. Em vão se procuraria, nas páginas que seguem, uma definição lapidada do instituto: evitadas, em geral, pela metodologia jurídica, tentativas desse gênero seriam inaptas face ao alcance e riquezas reais da noção. A boa fé traduz um estágio juscultural, manifesta uma Ciência do Direito e exprime um modo de decidir próprio de certa ordem sócio-jurídica”. (CORDEIRO, 2007, p.18).

⁴⁷ Cfe. leciona WILIS SANTIAGO GUERRA FILHO, “espera-se ter ficado suficientemente evidenciada a íntima conexão entre o princípio da proporcionalidade e a concepção, antes esboçada, do ordenamento jurídico como formado por princípios e regras, princípios esses que podem se converter em direitos fundamentais – e vice-versa. Da mesma forma, como assevera R. ALEXY (1985, p. 100), atribuir o caráter de princípio a normas jurídicas implica logicamente no reconhecimento daquele princípio maior, e vice-versa. É ele que permite fazer o “sopesamento” (Abwägung, balancing) dos princípios e direitos fundamentais, bem como dos interesses e bens jurídicos em que se expressam, quando se encontram em estado de contradição, solucionando-a de forma que maximize o respeito a todos os envolvidos no conflito. O princípio em tela, portanto, começa por ser uma exigência cognitiva, de elaboração racional do Direito - e aqui vale lembrar a sinonímia e origem comum, na matemática, dos termos “razão” (latim: ratio) e “proporção” (latim: proportio) -, o que explica a circunstância da idéia a ele subjacente figurar entre os cânones metodológicos da chamada “interpretação constitucional” - aquela a que se deve recorrer quando o emprego da hermenêutica jurídica tradicional não oferece um resultado constitucionalmente satisfatório: o da “concordância prática”, conforme vimos acima”.

⁴⁸ “a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.” (ALEXY, 2011, p. 116-117)

⁴⁹ CARPENA, Heloisa. **Abuso do Direito nos Contratos de Consumo**. São Paulo: Renovar, 2001. p. 1.

Miguel Reale⁵⁰ elegeu três valores essenciais, ou seja três princípios fundamentais, como base de interpretação e aplicação dos novos dispositivos: a eticidade, a operabilidade e a socialidade.

Segundo o reconhecido jurista, “*frequente é no Projeto a referência à probidade e a boa-fé*” para superar ao formalismo jurídico até então vigente, que veio do direito lusitano, da escola germânica dos pandectistas e dos empíricos glosadores. Embora, adverte Reale, a incorporação de valores éticos não possui o condão de afastar a técnica jurídica compatíveis com a nova ordem jurídica de eticidade.

Já a socialidade foi invocada para superar o caráter individualista do código anterior, pois gerado sob os resquícios de um sistema ultrapassado. A função social já era observada nas questões dos direitos reais da propriedade. Também a função social é limitadora da “liberdade de contratar”⁵¹, expressão essa que, pelo equívoco na redação legislativa (correto será liberdade contratual, ao invés de liberdade de contratar), foi sugerida pelo professor Álvaro Villaça Azevedo⁵², dentre outras ao longo do Código, durante o Seminário da Câmara dos Deputados, em 04 de junho de 2002.

Quanto à operabilidade, o jurista Miguel Reale esposou a idéia de facilitação da interpretação e aplicação do Novo Código Civil. A Teoria do Direito Concreto, pregada por Karl Engisch, Emilio Betti, Karl Larenz, Joseph Esser e outros, retomam lugar seguro e impulsionam a razoabilidade necessária dos julgadores à luz das circunstâncias de cada caso. Os dispositivos que consagram a operabilidade podem ser conferido, por exemplo, no contrato de aluguel (art. 575, § único), onde o juiz pode reduzir o valor excessivo.

⁵⁰ REALE, Miguel. Visão Geral do Projeto do Código Civil. In: **Cidadania e Justiça - Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros**. Nº 5. p. 66.

⁵¹ Segundo Giselda Hironaka, há um equívoco na redação do artigo 421 do Novo Código Civil, “*Na verdade, trata-se de liberdade contratual, aquela pertinente à limitação do conteúdo do contrato, por força de norma de ordem pública, e não de liberdade de contratar, esta sim fundada na dignidade da pessoa humana e resultante da alta expressão da autonomia privada e, bem por isso, ilimitada.*” *Op.cit., Contrato...*, p. 86.

⁵² AZEVEDO, Álvaro Villaça. Anotações sobre o Novo Código Civil. In: **Novo Código Civil - Aspectos Relevantes. Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, 2002, nº 68, p. 15.

5. A liberdade contratual diante da ordem econômica constitucional

Como se infere do texto adiante, a liberdade contratual está subordinada às regras da ordem econômica constitucional. Inclusive, com o fito de pacificar a respeito da importância da dignidade humana como pressuposto da existência dessa ordem, pois, como já mencionado pela abalizada Doutrina, o Direito Econômico não se restringe a um ponto único do Direito, vez que este se pauta na unidade e sempre afastada a idéia de interpretações isoladas da Carta Magna e dos demais princípios jurídicos.

5.1 O Contrato como eficácia jurídica da ordem constitucional de 1988

Inegavelmente, a partir da implantação da Carta Magna no final do século XX, espalha-se a idéia de gerar uma eficácia jurídica nas relações dos cidadãos, mormente quando exige-se uma interferência imposta pela própria lei para afastar o abuso e o predomínio do poder econômico perante o individuo que sofre todas as conseqüências das poderosas regras de mercado.

A necessidade de amparo ou de “tutela” oficializada por lei sobre o cidadão, afirma Washington Peluso Albino de Souza⁵³, seguirá curso normal quando se alcançar a almejada “igualdade” entre os contratantes, por exemplo como o Código de Defesa do Consumidor – Lei n. 8.078/90, que tutela o consumidor nas relações perante o abuso do fornecedor, presumido pela lei como o economicamente mais forte.

O artigo 170, *caput*, da Constituição Federal de 1988 atrelou a ordem econômica com o fim de “assegurar a todos existência digna”. A dignidade humana, segundo Eros Grau,

[...] comparece, assim, na Constituição de 1988, duplamente: no art. 1º como princípio político constitucionalmente conformador (Canotilho); no art. 170,

⁵³ *Op.cit.*, Lições de Direito Econômico, p. 104.

caput, como principio constitucional impositivo (Canotilho) ou diretriz (Dworkin) – ou, ainda, direi eu, como norma-objetivo. Nesta sua segunda consagração constitucional, a dignidade da pessoa humana assume a mais pronunciada relevância, visto comprometer todo o exercício de 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 gozar⁵⁴

Em exemplar pensamento crítico, para demonstrar o entendimento da restrição que a função social exerce sobre o contrato, Giselda Hirónaka remete a limitação contratual ao que está implícito na Constituição Federal Brasileira que “*baseia-se na dignidade humana*”⁵⁵

Bobbio também assevera a alteração dos direitos à caminho dos direitos sociais e da pessoa humana, pois,

Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII... foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações.⁵⁶

A dignidade humana não é o ponto final do direito, mormente da teoria contratual, mas é o ponto de partida, como “uma função mais criadora por parte da Justiça, em consonância com o principio da eticidade, cujo fulcro fundamental é o valor da pessoa humana como fonte de todos os valores”, como bem esclarece Reale⁵⁷.

A ordem constitucional, pautada em diversos princípios-mor, é imperativo diante das relações jurídicas de uma nação e de seus integrantes. Ou seja, a explicação é feita por Affonso Insuela Pereira⁵⁸ “como vivemos em um Estado de direito, como dentro do Estado de direito não há lugar

⁵⁴ *Op. cit.*, A Ordem Econômica na Constituição de 1988, p. 177.

⁵⁵ *Op. cit.*, Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado, p. 86.

⁵⁶ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 18.

⁵⁷ *Op. cit.*, Visão Geral do Projeto do Código Civil, p. 66.

⁵⁸ PEREIRA, AFFONSO INSUELA. **O Direito Econômico na Ordem Jurídica**. São Paulo: José Bushatsky, 1974. p.172.

para o árbitro, normativamente restringe-se essa liberdade por princípios constitucionais, complementados apenas por legislação própria e específica, visando o bem-estar coletivo”.

5.2 O Contrato e suas tendências diante da Ordem Econômica

Com o naufrágio do voluntarismo nas relações privadas, cresce uma relativização dos conceitos herméticos sobre o contrato. As novas tendências econômicas, políticas e, sobretudo, sociais vai de encontro com a necessidade de se estabelecer um equilíbrio contratual.

Com precisão, a interação com a ordem econômica é inevitável em relação aos contratos hodiernos, como preleciona Enzo Roppo⁵⁹:

Se o contrato adquire relevância cada vez maior com o progressivo afirmar-se do primado da iniciativa da empresa relativamente ao exercício do direito de propriedade, é também porque este constitui um instrumento indispensável ao desenvolvimento profícuo e eficaz de toda a atividade econômica organizada.

Verdadeiros aspectos sociais e econômicos são tidos, doravante, como fatores que limitam e restringem a liberdade contratual e, portanto, cria um novo sistema contratual por força dos fatores citados⁶⁰.

A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, é o que ensina o artigo 421 do Código Civil em vigor. Essa vem sendo a essência aplicada diante da ordem econômica que se vive. Verificou-se que houve mudança na maneira de enxergar e aplicar as normas pactuadas preconizando a essência da norma.

O Código Civil se intercambia com a Constituição Federal, pois compreende que o contrato uma ferramenta que dispõe sobre a vontade

⁵⁹ *Op.cit.*, O Contrato, p. 67.

⁶⁰ Vide BATIFFOL, Henri: *“L’économie moderne a développé un système nouveaux em rendat obligatoire des contrats don la conclusion reste entourée d’une certaine liberté. (...) Le orientatations du droit contemporain sur les effets du contat méritent au contraire d’être précisées.”* (La “crise du contrat” et sa portée. In: *Archives de Philosophie du Droit. Sur les Notions du Droit*. Paris: Sirey, 1968. p. 17).

das partes que contratam, mas que não pode desaparecer dos valores constitucionais que devem ser respeitados.

A tendência que se observa atualmente nos tribunais é que os contratos buscam respeitar os princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana, o valor social da livre iniciativa, da igualdade substancial, da solidariedade social todos dignos da tutela jurisdicional abarcando ainda assim a liberdade contratual.

No passado o contrato era visto apenas sob a ótica procedimental pelo princípio da função social do contrato, porém cabe dizer que o contrato por si só é fenômeno de natureza econômica, sendo que se origina por motivo econômico e pelo mesmo motivo se busca a sua concretização e se não analisado desta forma, perde seu sentido principal.

Por esse motivo é necessário a inclusão do estudo da ordem econômica constitucional na esfera dos contratos com a finalidade de realizar a efetiva adequação harmônica da sua dupla natureza sejam eles econômico e social.

Neste sentido, acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

A função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico. Este não pode ser ignorado, a pretexto de cumprir-se uma atividade beneficente. Ao contrato incumbe uma função social, mas não de assistência social. Por mais que o indivíduo mereça tal assistência, não será no contrato que se encontrará remédio para tal carência. O instituto é econômico e tem fins econômicos a realizar, que não podem ser postos de lado pela lei e muito menos pelo seu aplicador. A função social não se apresenta como objetivo do contrato, mas sim como limite da liberdade dos contratantes em promover a circulação de riquezas (BRASIL, STJ, REsp 803481, 2007).

Os princípios que determinam a ordem jurídico-econômica estão estabelecidos no artigo 170 da Constituição Federal que já em seu caput demonstra a necessidade de que a ordem econômica preserve a existência da justiça social. Acerca da Ordem Econômica, Washington Peluso Albino de Souza :

A Ordem Econômica compõe-se de princípios fornecidos pela Ciência Econômica, baseando-se na explicação dos fatos econômicos harmonizados segundo valores econômicos. A Ordem Jurídica oferece-nos as normas de conduta que determinam quando os fatos econômicos podem ou não podem ser postos em prática na sociedade organizada, isto é, juridicamente ordenada, garantindo-lhes harmonia segundo valores jurídicos (SOUZA, 1999, p.189).

Temos que o contrato deve ser economicamente útil e socialmente justo sendo assim possível de ser executado por completo. A ausência de qualquer um destes aspectos faz com que o instrumento de contratar perca a sua essência se tornando inadequado.

6. Conclusão

A liberdade contratual já não é a mesma de outrora. A liberdade de contratar é plena, a liberdade contratual é limitada.

Sob pena de caracterizar grave infração à ordem econômica (v. Lei n. 8.884, de 11.06.1994), os contratantes agora confirmam o que já encontrava-se positivado em algumas legislações antigas, a exemplo do próprio Código de Napoleão que dispunha que “não se pode derrogar, por convenções particulares, as leis que interesse à ordem pública e aos bons costumes” (art. 6º).

Mas, aqui importa observar, que o direito contratual não está limitado pelos limites da lei. O Direito vai além, como já demonstrara Pietro Perlingieri que rejeita a possibilidade do Direito Civil estar limitado por um mero código civil, pois a Constituição é quem deve reger todos os campos do Direito, inclusive o Privado. Logo, a limitação não deve ser uma mera imposição legal, mas ética, jurídica e social.

A limitação à liberdade contratual já era notada, portanto, quer pela legislação (v. codificações que exigiam a boa-fé, bons costumes e ordem pública) ou pelos apontamentos doutrinários, a exemplo da profunda

reflexão na doutrina nacional⁶¹, que preferiu entoar sobre a eficácia jurídica perante normas cogentes que limitam a vontade humana.

Por óbvio, os contornos do contrato atual estão intimamente ligados com a nova realidade econômica do país. Entretanto, como defendida por Eros Grau, sem dúvida, através dos princípios basilares e constitucionais da sociedade que visam prestigiar a dignidade humana, a valorização do trabalho, a proteção dos hipossuficientes, é possível construir uma sociedade livre, justa e solidária.

E, conclusivamente, a nova teoria contratual, pautada na razoabilidade e na paridade econômica entre os contratantes⁶², está submetida aos limites dos princípios fundamentais e da ordem econômica constitucional, visando estabelecer dignidade humana e jurídica aos contratantes, como exercício próprio do ser humano⁶³, por isso, justificando-se a invocação dos surrados princípios da função social e da boa-fé, além de outros constitucionalmente consagrados como forma de zelar pelo melhor direito.

Como se disse atrás, o Direito Econômico não está alheio ao seu papel, quer seja como orientador ou como participante de um processo evolutivo da humanidade⁶⁴.

Ou ainda, como brilhantemente arremata Eros Roberto Grau⁶⁵, é patente que a Ordem Econômica erigida da Constituição Brasileira de

⁶¹ *No direito, como processo social de adaptação, o regramento jurídico veda alguns atos humanos (atos ilícitos absolutos ou relativos), ou estabelece que não pode a vontade de prestar afastar-se de algumas proposições positivas ou negativa (= cogentes = imperativas, stricto sensu + proibitivas), no tocante à forma, ao conteúdo ou ao objeto, ou que, na falta de expressão da vontade, se tenha por proposição assente a que a lei aponta (ius dispositivum)*. (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. Tomo XXIII. p. 6-7).

⁶² MESSINEO, Francesco. *Contratto – Diritto Privato*. In: **Enciclopédia del Diritto**. Milão: Giuffrè, 1961. Vol. IX. p. 805.

⁶³ Segundo Mattietto, *op. cit.*, *O Direito Civil Constitucional...*, p. 181, a tutela da personalidade humana está no ápice do ordenamento para proteger a pessoa como participante de um contrato.

⁶⁴ “[...] as contribuições que o Direito Econômico traz às teorias do contrato, como se vê, são do mais importante significado, pois oferecem o sentido do seu ajustamento aos pontos fundamentais da ‘ideologia’ vigente, isto é, da ‘funcionalidade’. Além disto, situam claramente o contrato como meio pelo qual as partes contratantes participam direta ou indiretamente da “política econômica” posta em prática pelo Estado. [...] não se trata, portanto, apenas de definir os limites de uma “ordem pública econômica”, de conceito impreciso, como se poderia pretender. Ao contrário, tanto os limites como as responsabilidades, tanto o tipo como o âmbito de ação estatal, passam a ser claramente definidos.” (*Op. cit.*, Lições de Direito Econômico, p. 136.)

⁶⁵ *Op. cit.*, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 307.

1988, clama uma interpretação dinâmica, com suficiente poder de adaptabilidade às mudanças da realidade social.⁶⁶

O contrato já mostrou ao longo de sua história que sofreu diversas mutações jurídicas, sociais e econômicas, portanto, duas possibilidades emergem dessa observação: a uma, o contrato é sempre dinâmico sob o ponto de vista social e econômico. E que, a duas, em razão dessa dinamicidade, com supedâneo na facticidade e historicidade, a Ordem Econômica da Constituição de 1988 ainda está por implementar e instrumentar um contrato melhor (não que não tenha melhorado nos últimos tempos) e mais justo de acordo com a necessidade social e a realidade de cada época: “os homens, é certo, não fazem a história como querem, mas sim sob circunstâncias com as quais se defrontam”⁶⁷. E pelo que se defronta no País, hoje, isso é bem possível (e, sobretudo, extremamente necessário)!

7. Referências

- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luiz Afonso Heck. 3a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Anotações sobre o Novo Código Civil. In: Novo Código Civil - Aspectos Relevantes. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, 2002. Nº 68.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira. **Princípios do Novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. Vol. 750.
- BARRETO, Vicente. **O Liberalismo e a Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira – Casa de Rui Barbosa, 1991.
- BATIFFOL, Henri. *La “crise du contrat” et sa portée*. In: **Archives de Philosophie du Droit. Sur les Notions du Droit**. Paris: Sirey, 1968.

⁶⁶ Em mesma sintonia, Afonso Insuela Pereira, em seu doutoramento na USP, *in verbis*: “a conclusão obrigatória é de que, por imperativo constitucional, a liberdade de iniciativa, como um direito fundamental do homem, está vinculada a pressupostos de ordem econômica que são: a justiça social, pela qual somos todos responsáveis, pois no âmbito das possibilidades de cada um somos responsáveis pela realização das estruturas sociais que permitem aos membros de uma comunidade atingir níveis de vida dignos; o desenvolvimento nacional, subordinando-se, assim, esse direito individual aos interesses maiores que são os interesses da coletividade” (*Op.cit., Direito Econômico na Ordem Jurídica*. p. 172).

⁶⁷ *Op.cit.*, A Ordem Econômica na Constituição de 1988, p. 305.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. 10 ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1957. Vol. V.

_____. Evolução da Teoria dos Contratos em nosso dias. **Revista de Critica Judiciária**. Rio de Janeiro: s.e., setembro de 1938

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 ago. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 803481**. Rel. Min. Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 28.06.2007. Disponível em: <https://ww2.stj.ju.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?s.Link=ATC&sSeq=3139931&sReg=200502058570&sData=20070801&sTipo=51&formato=PDF> Acesso em: 10 ago. 2019.

CARPENA, Heloisa. **Abuso do Direito nos Contratos de Consumo**. São Paulo: Renovar, 2001.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007

DUGUIT, León. **La Transformaciones de Derecho (Público y Privado)**. Buenos Aires: Heliasta, s.d.

FACHIN, Luiz Edson. O “aggiornamento” do Direito Civil Brasileiro e a Confiança Negocial. In: **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 45.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Família no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Das Relações de Parentesco. In: DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey – IBDFAM, 2002.

GOMES, Orlando. Algumas Inovações na Teoria Geral do Contrato. **Revista dos Advogados**, São Paulo, 1982. n° 09, ano III.

- _____. **Transformações gerais do Direito das Obrigações**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 203.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- HIRONAKA, Giselda Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. In: Novo Código Civil. Aspectos Relevantes. Revista dos Advogados. São Paulo: AASP, 2002.
- JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. **Institutas do Imperados Justiniano**. Trad. de José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2000.
- LOBO NETO, Paulo Luiz. Contrato e Mudança Social. In: **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, Vol. 722.
- MARTINS-COSTA, Judith. A Incidência do principio da boa-fé no período pré-negocial: reflexões em torno de uma noticia jornalística. In: **Revista do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- MATTIETTO, Leonardo. O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2.000.
- MESSINEO, Francesco. Contratto – Diritto Privato. In: **Enciclopédia del Diritto**. Milão: Giuffrè, 1961. Vol. IX.
- MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. Tomo XXIII.
- _____. **Tratado de Direito Privado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. Tomo XXXVIII.
- NOVAIS, Alinne Arquette Leite. Os Novos Paradigmas da Teoria Contratual: O Principio da Boa-fé Objetiva e o Principio da Tutela do Hipossuficiente. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2.000.
- PEREIRA, Affonso Insuela. **O Direito Econômico na Ordem Jurídica**. São Paulo: José Bushatsky, 1974.

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Apresentação. In: DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey-IBDFAM, 2002.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Rio de Janeiro, Renovar, 1997.
- PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982
- REALE, Miguel. Visão Geral do Projeto do Código Civil. In: **Cidadania e Justiça - Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros**. Nº 5.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O Problema do Contrato. As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual**. Coimbra: Almedina, 1999.
- ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.
- SOUZA DINIZ. **Código Civil Alemão**. Rio de Janeiro: Record, 1960.
- _____. **Código Napoleão ou Código Civil dos Franceses**. São Paulo: Record, 1962.
- SOUZA, Washington Peluso Albino. **Lições de Direito Econômico**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 4. ed. São Paulo: LTr Editora, 1999, p.189.
- STEPHEN, Frank H. **Teoria Econômica do Direito. Capítulo 8. Contrato**. São Paulo: Makron Books, 1993, p. 142.
- TEPEDINO, Gustavo. **Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil**. In: **Temas do Direito Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- TEUBNER, Günther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

Os instrumentos preventivos aos crimes fiscais como ferramentas eficientes ao equilíbrio entre os interesses de um Estado Democrático de Direito

Camila Dias

1 Introdução

Como se sabe, o Direito Penal é um dos instrumentos mais ativos no que pese o controle social exercido pelo Estado. A forma com a qual contribui com dito controle é, principalmente, por meio da tutela de bens jurídicos considerados relevantes pela sociedade

Contudo, é comum que quando mencionado o Direito Penal, as pessoas inconscientemente recordem apenas de delitos que ferem bens jurídicos mais aparentes, esquecendo dos crimes onde a identificação do bem jurídico lesionado é mais difícil. Este é o caso dos crimes fiscais, bastante presente no cenário jurídico brasileiro atual.

Desta forma, não obstante a dificuldade em identificar o bem jurídico prejudicado, seria equivocada a afirmação de que estes delitos não afetam a coletividade e a pacificação social.

Contudo, não se pode esquecer que em um Estado Democrático de Direito é imprescindível que haja a ponderação entre os interesses legítimos de punição e entre as garantias constitucionais do acusado.

Diante disso, propõe-se, aqui, expor a necessidade da existência da outorga do poder punitivo ao Estado, valorizando a presença de limites a

esse poder. Na sequência, analisar-se-á a vertente do Direito Penal mínimo como critério essencial à imposição do poder punitivo.

Assim, estabelecendo limites a esse poder, preconiza-se que é preciso a tutela de determinados bens jurídicos, como, por exemplo, para fins de proteção ao erário público.

Nesse sentido, ao final do artigo, examinar-se-á a demanda de se ter institutos preventivos ao crime, de modo a evidenciar que a prevenção pode ser um instrumento mais efetivo do que a repressão.

2 Poder punitivo do estado

Não se desconsidera que prática de crimes é um fenômeno social normal, que também cumpre a função de auxiliar no processo evolutivo das sociedades (DURKHEIM, 1978, p. 83). É fato que o crime existe e sempre irá existir. O problema, relacionado ao crime, ocorre quando a criminalidade se torna o principal foco de restrição ao desenvolvimento estatal.

Sabe-se que antes da centralidade da figura do Estado, o poder punitivo se mantinha nas mãos de cidadãos e por meio de castigo ou força física aplicavam o que consideravam que seria justiça, e até mesmo por vontade própria.

Com o passar do tempo, a representatividade desse poder foi evoluindo, sendo exercido através de pessoas qualificadas e com certo conhecimento no assunto, começaram a aconselhar e ao mesmo tempo introduzir ideias aos punidos em questão, decidindo, também, os castigos que lhes era conveniente. Posteriormente, houve a necessidade de oficializar a punição com a ideia fixa de uma sociedade mais justa e democrática. Na contemporaneidade, o comportamento humano é regulado por meio de normas que preveem a aplicação de sanções e suas infrações.

Insta observar que o conceito de pena está ligado a punição e ao castigo, cuja tipificação recai ao direito penal. No entanto, a punição tem

várias funções, as quais podem ser aplicadas de várias formas, podendo auferir vários objetivos.

Em síntese, é válido evidenciar que o poder punitivo estatal deve ser limitado, o qual deverá seguir determinadas regularidades formais, subordinando-se a princípios constitucionais fundamentais, relacionados à dignidade da pessoa humana. Dentre inúmeras razões, as medidas exigidas através da atuação do Estado seriam concretizadas mediante os princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade, da adequação social, entre outros.

O poder punitivo do Estado não pode exceder os limites acordados por meio da população em sua constituição federal, assim enunciou Raphael Boldt:

Em sua acepção moderna e jurídica, o inimigo vincula-se a Carl Schmitt [...], para quem o hostis define a essência do político e que, no caso concreto, será determinado pelo soberano que detém o poder de decisão no Estado. O certo é que, a partir do momento em que a inimizade afigura-se como parte essencial da política, esta se converte em guerra (BOLDT, 2013, p. 91).

No que se refere a poder punitivo é importante evidenciar que os princípios penais têm como objetivo principal a proteção da população contra o poder punitivo do Estado. Todos os dias nos deparamos com o sensacionalismo, seja ele nas emissoras de televisão, rádio, ou até mesmo as pessoas que nos rodeiam. É através disso que se percebe a vontade que a coletividade tem de recordar fatos criminosos, pois no fim das contas, o “delinquente” deixa de ser membro do Estado, contudo, chega a hora de lançar guerra contra o mesmo.

Todo malfeitor que ataca o direito social, converte-se com seus delitos em rebelde e traidor da pátria; deixa de ser membro dela ao violar suas leis, e até a combate. Então, a conservação do Estado é incompatível com a sua; é preciso que um dos dois pereça, e quando se mata o culpado, isso é feito em razão de sua condição de inimigo, e não de cidadão. Os procedimentos, o júri, são as provas e a declaração de que rompeu o pacto social e de que, por conseguinte, já não é membro do Estado. Pois bem, como ele se reconheceu

como tal, ao menos no que concerne à residência deve ser separado daquele mediante desterro, com infrator do pacto, ou mediante a morte, como inimigo público; porque um inimigo assim não é uma pessoa moral, é um homem, e então o direito de guerra consiste em matar o vencido (ROUSSEAU, 2000, p. 34).

Destarte, assim como a natureza do poder punitivo, a sociedade entende o criminoso como um elemento prejudicial e que deve ser segregado da vida em coletividade. Exigir que o Direito limite os anseios da sociedade é, além de impossível, incontrollável, eis que não parece compatível com um sistema democrático. Todavia, é curial para as normas limitem o poder punitivo, razão pela qual se faz essencial a efetiva aplicação do direito penal mínimo.

3 Direito penal mínimo

É uma concepção do direito penal, cuja interpretação anda de mãos dadas com o equilíbrio, pois pauta suas concepções a partir da ideia de que o direito penal deve intervir o mínimo possível nas condutas sociais. Dessa maneira o poder punitivo seria de fato a última alternativa tomada por meio do Estado. Os juristas que defendem essa visão operam com a ideia de que o direito penal deva atuar de forma que proteja e resguarde os bens jurídicos sem exorbitar seus limites, objetivando manter a dignidade da pessoa humana, assim como os princípios e garantias constitucionais, tendo esses princípios como direção de suas ações.

Ainda, nota-se que o Direito Penal Mínimo defende a ideia de que a privação de liberdade deve ser imposta apenas quando há risco social e afetivo. Ainda, manifesta-se em sentido contrário com o Direito Penal Máximo e Abolicionismo Penal. Nesse seguimento argumentou Luigi Ferrajoli, o qual enfatizou:

A certeza perseguida pelo Direito Penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa

ser punido. A certeza perseguida pelo Direito Penal mínimo está, ao contrário, em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune. Os dois tipos de certeza e os custos ligados às incertezas correlativas refletem interesses e opiniões políticas contrapostas: por um lado, a máxima tutela da certeza pública acerca das ofensas ocasionadas pelo delito e, por outro lado, a máxima tutela das liberdades individuais acerca das ofensas ocasionadas pelas penas arbitrárias (FERRAJOLI, 2006, p. 103).

Em suma, para os seguidores dessa corrente, outros ramos do direito seriam suficientemente capazes de solucionar os conflitos sociais que poderiam surgir, de modo a assegurar direitos individuais e fundamentais previstos na Constituição.

Essa é uma terminologia que vem sendo abordada no Brasil, veja-se:

O raciocínio do Direito Penal Mínimo implica a adoção de vários princípios que servirão de orientação ao legislador tanto na criação quanto na revogação dos tipos penais, devendo servir de norte, ainda aos aplicadores da lei penal, afim de que se produza uma correta interpretação. (GRECO, 2016, p. 30).

Uma das consequências da ideia do minimalismo penal é motivar a diminuição de indivíduos enclausurados. Logo, o objetivo principal é manter aprisionados somente aqueles que cometeram crimes mais graves, os quais colocam em risco vida e liberdade de outras pessoas.

Assim, partindo do pressuposto do Direito Penal Mínimo, é bem válida a reinserção desses indivíduos na sociedade, pois podem ser recuperados por meio de penas alternativas, sem precisar chegar a extremos, como a restrição absoluta da liberdade.

Nesse mesmo contexto, destaca-se que:

A violência é, um problema social, assim como, um problema significativo, pois, através um determinado contexto social, político e econômico pode ser valorizado, esclarecido, condenada ou defendida. Não há, pois, um conceito de violência estático ou a-histórico que pode dar-se à margem do problema social em que surge. Não existe também uma fórmula mágica, um critério objetivo

que seja válido para todos os tempos e lugares, que nos permita valorar aprioristicamente, a “bondade” e a “maldade” de um determinado tipo de violência. (CONDE, 2005, p. 3-4 *apud* PALADINO, Carolina de Freitas, 2010).

Luigi Ferrajoli apontou onze princípios fundamentais os quais amparam o minimalismo: pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa. Todos são de extrema importância para a aplicação da pena. (FERRAJOLI, 2006, p. 89-90), pois:

Um Direito Penal mínimo e garantista poderia ter, em relação à pena, o papel limitador que o direito humanitário desempenha em relação à guerra. Assim, seria redefinido o Direito Penal, de modo que este se tornaria algo assim semelhante ao que é o direito internacional humanitário para a guerra. Nessa perspectiva, o Direito Penal é concebido como um discurso para limitar, para reduzir, para assinalar os limites e eventualmente, se isso for possível, para cancelar o poder punitivo. (ANITUA, 2008, p. 739)

Em suma, a existência do direito penal seria justificada como um instrumento para limitar o poder punitivo, incidindo ao indivíduo criminoso apenas quando for absolutamente necessário.

É verdade que em cada marco histórico da sociedade a noção do que seja efetivamente necessário punir se modifica. Os crimes tributários são exemplos disso.

4 Crimes tributários e o bem jurídico ofendido

Crime contra a ordem tributária ao longo dos anos vem ganhando mais repercussão e/ou atenção no cenário político e social brasileiro, embora parte da sociedade ainda pareça não estar acostumada com a criminalização de condutas que fogem ao cotidiano policial.

Entretanto, a realidade acerca da necessidade de aumento das arrecadações tributárias para o benefício de toda a coletividade é uma das justificativas para que o Direito Penal venha a se preocupar com tal objeto jurídico.

Assim, é necessário uma análise do Direito Penal à luz de alguns importantes aspectos de sua Teoria Geral, seja ela do Crime ou da Pena. Com isto, a discussão poderá ficar mais embasada, fazendo uma ponte entre o Direito Penal e o Direito Tributário.

Como disse o aludido doutrinador Eduardo Sabbag:

Não há dúvida de que subsiste vigoroso elo entre o Direito Penal e o Direito Tributário, principalmente quanto à “interpretação dos chamados crimes tributários, como também à interpretação e aplicação das infrações fiscais que capitulam penas pecuniárias

Com relação ao intercâmbio entre o Direito Penal e o Direito Tributário, mister se faz esclarecer, de antemão, que, aparentemente, o interesse do Estado em arrecadar tributos é maior do que o interesse em punir o infrator da lei penal. Desse modo, o contribuinte passa a ser obrigado a celebrar um parcelamento tributário dentro de um determinado tempo, antes da denúncia criminal, sendo assim o Estado recebe, o contribuinte paga e se livra de uma punição maior.

No que se refere ao bem jurídico tributário, por mais que exista reconhecimento constitucional, está claro a inexistência de meios extrapenais para sua proteção.

É conveniente relatar que a extinção da punibilidade pelo pagamento dos débitos tributários decorrentes de impostos e de contribuições sociais aos crimes de sonegação fiscal, os quais são comparados com aos crimes previdenciários de apropriação indébita e de sonegação fiscal, foi uma situação criada por meio do legislativo que parece ter servido de ferramenta para atribuição de privilégios àqueles que possuem condições de pagar. Desse modo, a ordem tributária se resultou em falta de proteção penal e como consequência restou a impunidade penal nos crimes fiscais.

Em síntese, os crimes fiscais preservam, sobretudo a ordem tributária. Assim, a habitual proteção contra o não adimplemento de tributos

já é uma forma de prevenção do Estado contra a aquisição de vantagem indevida em relação aos cofres públicos.

Dentro desta ótica, vale evidenciar que o amparo de crimes tributários também se dá através dos art. 1º ao 3º da Lei nº 8.137 de 1990, a qual trata dos crimes de ordem tributária, em virtude de sua regularização baseada no lançamento por homologação. Sendo assim, a sistemática de cobrança de tributos depende também da veracidade das declarações, tal como do correto lançamento feito pelo próprio sujeito passivo do tributo.

A partir da análise deste núcleo de pensamento, constata-se que o lançamento incorreto de tributos com o objetivo de diminuição e cessação de impostos, acarreta fraude na ordem tributária, e também ao erário público. Nessa estreita de raciocínio, Lovatto (2003, p. 92) destacou:

[...] deduz-se que não é, em si mesmo, o pagamento, a arrecadação, o objeto primeiro de proteção da Lei 8.137/90. O que se protege, antes de tudo é a ordem tributária, a qual somente funciona, em nosso sistema, se houver veracidade das declarações, da documentação, dos lançamentos por homologação. No campo dos tributos, há que se preservar a verdade. Somente por reflexo, de forma indireta, é que exsurge protegida a arrecadação.

O bem jurídico especificamente protegido é, pois, a ordem tributária em sua autenticidade, havendo, porém, também a tutela de bens jurídicos genéricos: um deles, próximo, consistente na arrecadação; o outro, remoto, relativo à garantia ao Estado dos meios necessários para a promoção do bem comum (BALTAZAR JUNIOR, 2006, p. 346). Logo, Baltazar Junior classifica de forma específica o Bem Jurídico relacionado a ordem tributária:

O bem jurídico protegido é a ordem tributária, entendida como o interesse do Estado na arrecadação dos tributos, para a consecução de seus fins. Cuida-se de bem macrossocial, coletivo. Secundariamente, protegem-se a Administração Pública e a fé pública, a livre concorrência, consagrada pela Constituição Federal como um dos princípios da ordem econômica (art. 170,

IV), uma vez que o empresário sonegador poderá ter preços melhores do que aquele que recolhe seus tributos, caracterizando uma verdadeira concorrência desleal (BALTAZAR JUNIOR, 2006, p. 346).

Os crimes tributários apesar de parte da sociedade não dar muita importância ao assunto, é um grande causador de impactos financeiros. Para os leigos no assunto e consumidores dos noticiários sensacionalistas policiais, os crimes que podem causar algum mal a população são aqueles em podemos classificar em: homicídio, roubo, furto, dentre outros. É importante destacar que os crimes fiscais deveriam ser observados com perspectivas diferentes, pois a maioria dos crimes citados acima são efetuados em detrimento do próprio contribuinte.

5 Evasão fiscal de tributos

No que diz respeito a evasão fiscal pode-se dizer que é o uso de meios ilícitos para não pagar impostos e taxas. Entre os meios utilizados para sonegação de tributos está também a omissão de informações, a falsificação de declarações e produção de documentos com informações falsas, bem como a adulteração de notas fiscais.

Nesse caso, a evasão fiscal se dá após o fato gerador e o contribuinte não efetua o adimplemento da obrigação.

Na contemporaneidade, o Brasil está entre os países emergentes com a maior carga tributária, só fica na retaguarda para os países europeus os quais possuem retorno desses impostos, ao contrário do Brasil que a devolução em impostos é feita de forma mínima.

Por esse motivo, ocorre a evasão fiscal, meio pelo qual os contribuintes acham de tentar ludibriar o poder público para não pagar taxas e imposto de quantia exorbitante.

Podem-se considerar crimes tributários todos aqueles que conspirarem contra a atividade de arrecadação de tributos. O crime tributário não é caracterizado unicamente pelo não pagamento de tributos, mas também por meio de fraudes.

Cumprе salientar, com embasamento no artigo 1º da Lei 8.137/90, que o crime se consome com a ocorrência do resultado, que consiste na supressão ou redução do tributo devido. Veja-se (BRASIL, Lei nº 8.137/1990):

- Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:
- I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;
 - II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;
 - III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;
 - IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;
 - V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação”.

Dessa forma, evasão fiscal pode ser classificada pela modalidade omissiva ou comissiva. Apesar de ser mostrado por diversos autores, afim de se caracterizar em evasão fiscal e não elisão fiscal, seria o ponto de partida dos atos praticados pelo contribuinte. Age-se posterior à incidência tributária, encontra-se presente de forma específica a fraude.

De acordo com a doutrina de LOVATTO (2000, p. 145), a evasão pode ser omissiva ou comissiva:

Na omissiva, mereceria destaque a decorrente da intenção como a sonegação, o não recolhimento do tributo, etc. Já a comissiva, sempre intencional, tem disso classificada como licita ou ilícita. Está seria resultante de fraude, da simulação e do conluio, enquanto aquela, a licita, seria a elisão em sentido estrito, resultante da economia fiscal.

Por fraude (CORREA, 1996, p. 26), a classifica nas seguintes categorias:

- Técnicas - elevação de tarifas, abuso de progressividade excessiva, acréscimo de número de impostos, legislação confusa, etc.
- Psicológicas - falta de consciência fiscal, política, etc; • Morais - má informação do contribuinte;
- Sociais - meio social;

Para o termo elisão fiscal, TÔRRES (2003, p.174) o conceitua como uma figura no meio termo entra a evasão e elisão fiscal. Ocorreria nos casos em que o contribuinte tenha praticados atos que, apesar de lícitos, são desprovidos de causas negociais tendo sido realizados com fraude à lei ou abuso de direito, nos termos do art. 166 IV e 187 do Código Civil.

Com intuito de combater a evasão fiscal foi criada a Lei Complementar nº 101, de 10/01/2001, a qual inseriu um parágrafo único no art. 116 do CTN:

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos: I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verificarem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios; II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável. Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”.

A palavra evasão tem o significado de “ato de evadir-se, fuga”, em nenhum dos verbos é possível encontrar uma identificação específica para os conceitos em matéria fiscal. No meio jurídico são muitos os pontos de vistas em relação a evasão fiscal:

A evasão e a elisão fiscal não se confundem com a fraude e a sonegação, porque diversamente dessas últimas figuras não implicam em conduta ilícita do contribuinte e configuram-se antes da ocorrência do fato gerador. A sonegação e a fraude verificam-se após a ocorrência do fato gerador e são sempre condutas ilícitas (ROSA JR., 1997, p. 648-649)

De modo contrário, Arakaki (1996, p. 109) entende que a evasão é caracterizada através de ação ilícita do contribuinte, que procura evitar, reduzir ou retardar o pagamento do tributo após a ocorrência do fato gerador.

5.1 A legislação e efeitos

No Brasil há uma regulação específica que trata dos crimes contra a ordem tributária, a Lei nº 8.137/90. Assim, um fator de grande importância seria a natureza redistributiva, o que acarreta uma conexão de prestação e contraprestação entre os cidadãos e o Estado (MIRANDA, 2007).

No que se refere a contribuição, o mínimo que o contribuinte espera é reciprocidade. Em decorrência de contribuir com dinheiro para a manutenção do Estado, o contribuinte tem o direito de opinar e sugerir o destino de uso do mesmo. Assim, é presumido que o Estado admita compartilhar decisões, considerando um cidadão um agente político.

Contudo, a criminalização da sonegação no Brasil não funciona como prevenção de atos ilegais. Uma das causas pode ser a dificuldade em se definir o crime de sonegação, que pode estar relacionado à multiplicidade de conflitos que ele representa e que são regulamentados por ramos distintos do Direito: administrativo, tributário e penal.

Assim, nem toda falta de recolhimento de impostos pode ser considerada um crime, podendo se constituir em mera inadimplência. Por isso, não é possível delimitar claramente o que é, ou não, sonegação. Na prática, a sonegação está associada à “intenção do contribuinte” de burlar o Fisco, ou seja, uma presunção subjetiva. Materialmente, a sonegação pode ser mais bem caracterizada quando é agregada a outros crimes, como fraude ou evasão de divisas. (MIRANDA, 2007, pag.53).

Destarte, é preciso que o direito penal, considerando seu caráter minimalista, encontre o equilíbrio entre proteger o fisco – basicamente, sua arrecadação –, evitando-se a impunidade, ao mesmo tempo em que

garante os direitos fundamentais do indivíduo – principalmente sua liberdade –, criando ferramentas preventivas ao crime.

6 Mecanismos que podem ser usados na prevenção dos crimes fiscais

Em meio a tantos crimes tributários, desvios de recursos e por meios destes toda a sociedade vem sendo afetada. Salienta-se que quando o crime se exaure, a coletividade já é lesionada. É preciso, pois, haver uma inversão de pensamento, de forma a dedicar espaço à prevenção do delito.

Diante disso, é válido esclarecer que já existem ferramentas para a prevenção desse tipo de crimes, uma delas é o *compliance*.

6.1 A relevância do *compliance* na prevenção de crimes tributários

Primeiramente, é importante conceituar *Compliance*. É um termo que vem da língua inglesa, parte do verbo *comply*, e se tornou um grande aliado para quem precisa estar em conformidade com regulamentos internos ou externos; se for traduzido para a língua portuguesa, significa cumprir, obedecer, assim como, executar aquilo que foi estabelecido.

Em linhas gerais, consiste no dever das empresas de promover uma cultura que estimule, em todos os membros da organização, a ética e o exercício do objeto social em conformidade com a lei (ASSI, 2018, p. 20).

A cultura do *Compliance* ganhou destaque no nosso ordenamento jurídico, após a Lei 12.846/2013, o qual é chamada de Lei Anticorrupção.

Não obstante, é preciso destacar que, foi instituída em 2003, sob a coordenação do Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP), a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) é formada por mais de 90 entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário - das esferas federal, estadual e municipal; além de Ministérios Públicos e associações que atuam, direta ou indiretamente, na prevenção e combate à corrupção e à lavagem de dinheiro. A Estratégia

gia intensifica a prevenção a esses crimes porque soma os conhecimentos de diversos parceiros em prol do Estado brasileiro (ENCCLA, 2003).¹

No Brasil a discussão em relação *Compliance* se inicia a partir da Lei nº 9.613/1998, que versa sobre lavagem de capitais. O motivo da promulgação da lei é devido aos processos de estratégias na década de 1990 contra crimes econômicos e fiscais. Dessa maneira, essa Lei foi marcada por uma nova época, de novos ilícitos empresariais e de ampliação do controle penal da atividade econômica (SAAVEDRA, 2014).

As normas que regulam o *Compliance* foram definidas pelo Decreto 8.420/2015, o qual determina em seu artigo 41, que o instituto

“consiste no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira”. (SAAVEDRA, 2014, p. 166)

A Lei anticorrupção supracitada acima associa a relação entre Estado e empresa, conciliando as exigências das legislações brasileiras. Até este momento, os programas de *Compliance* se orientavam pela *Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act* (GRECO FILHO, 2015).

No artigo 5º da Lei 12.846 de 2013, mostra exemplos de atos e condutas que são proibidos por pessoa jurídicas. Veja-se:

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

¹ A **Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro** - ENCCLA foi criada em 2003 (mesmo ano de criação do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional - DRCI), como forma de contribuir para o combate sistemático à lavagem de dinheiro no País. Posteriormente, em 2006, o tema “combate à corrupção” foi incluído como um dos objetivos da Estratégia. <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/sobre/acoes-e-programas/combate-a-ilicitos/lavagem-de-dinheiro/cooperacao-internacional>>. Acesso em 07/05/19.

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

Por isso, qualquer empresa que praticar algum desses atos previstos em Lei, vai recair em alguma sanção e será punido. Assim sendo, na Lei de Anticorrupção existem duas espécies de sanção, a primeira delas é a administrativa e não precisa de um processo judicial, ou seja, o juiz não precisa determinar a punição da empresa que praticou o crime, vai passar pelo processo de apuração de responsabilidade.

Ainda por cima, o ente público que foi lesado poderá aplicar uma sanção, o qual será uma multa, havendo previsão legal no art. 6º, I e § 4º da Lei 12.846/2015. A segunda sanção é a Judicial que se dá por meio de processo judicial e é necessário que o judiciário seja acionado. Logo, será o mesmo que determinará as sanções que deverão ser aplicadas.

Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

anI - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e

§ 4º Na hipótese do inciso I do caput, caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais) (BRASIL. Lei nº 12.846/2013)

A função do *Compliance* basicamente é zelar pela integridade da empresa, recebendo denúncias de irregularidades e investigando atos que coloquem em risco a economia empresarial. Além disso, instrui a respeito do código de ética e de conduta que as empresas precisam ter segundo a Lei anticorrupção. Nessa perspectiva, destaca-se que é ofereci-

do treinamentos para os colaboradores da empresa, afim de que se entenda o que pode ou não ser feito.

Assim, ao se introduzir uma política que incentive o caráter contributivo empresarial (no sentido de que todos são responsáveis pela integridade da empresa), a tendência é evitar a ocorrência de crimes, em especial os fiscais, pelo menos os que ocorrem no seio empresarial.

Nesse sentido, a ampliação do *Compliance* nas estruturas empresariais é uma política que merece destaque como instrumento preventivo ao crime econômico como um todo.

7 Conclusão

Pode-se concluir que os crimes fiscais necessitam da tutela de instrumentos preventivos. São crimes de colarinho branco e efetuados por pessoas de grande poder aquisitivo, tendo destaque grandes empresários que fraudam e manipulam o fisco. Sendo assim, por esses meios ilícitos atingem lucros fantásticos, ocasionando em um desequilíbrio econômico que, de alguma maneira, será sentido pela sociedade, ainda que esta não perceba a fonte do problema.

O fato de que os crimes tributários ocasionem lesões diretas e indiretas a coletividade não deve acarretar na desconsideração de um Direito Penal mínimo, o qual se guia pelas garantias e direitos estabelecidos por um Estado Democrático de Direito. Essa é a máxima.

Por outro lado, não dar importância aos efeitos que, por exemplo, o crime de evasão fiscal ocasiona é legitimar o desequilíbrio econômico social, eis que são as grandes empresas as que possuem maiores possibilidades de ludibriar o fisco.

É preciso, pois, que haja uma concentração de esforços para que na balança entre garantismo penal e eficiência fiscal nenhum dos pesos penda mais, ocasionando no descompasso entre valores relevantes.

Nesse sentido, a implementação de institutos preventivos parece ser a solução mais equilibrada. Ao se evitar o delito fiscal, protege-se a socie-

dade dos efeitos deletérios que o crime ocasiona, ao passo que garante ao contribuinte maior consciência e responsabilidade às suas condutas.

O *Compliance* é, assim, um meio preventivo ao crime que leva em consideração a contribuição conjunta de todos os membros de uma entidade, mediante o uso de normas e políticas de conduta que além de instruírem responsabilidades, são, acima de tudo, instrumentos de informação sobre o que pode ou não ser feito.

É errado dizer que no Brasil não há ferramentas preventivas. Contudo, é certo que necessitam de aprofundamento e democratização, de forma que toda organização se motive a implementar políticas preventivas

Referências

A **Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – ENCCLA** foi criada em 2003 (mesmo ano de criação do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional – DRCI), como forma de contribuir para o combate sistemático à lavagem de dinheiro no País. Posteriormente, em 2006, o tema “combate à corrupção” foi incluído como um dos objetivos da Estratégia. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/sobre/acoes-e-programas/combate-a-ilicitos/lavagem-de-dinheiro/cooperacao-internacional>>. Acesso em 07/05/19.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos Pensamentos Criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ARAKAKI, Marta. **Sonegação fiscal e economia de tributo**. In: MARIZ DE OLIVEIRA, Antônio Cláudio; CAMPOS, Dejalma de (Org.). *Direito Penal Tributário contemporâneo: estudos de especialistas*. São paulo: Atlas, 1996, p. 105-112.

ASSI, Marcos. **Compliance como implementar**. São Paulo: Trevisan, 2018; pag.20.

BOLDT, Raphael. **Criminologia midiática: do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantimos**. Curitiba: Juruá, 2013.

BRASIL, **Lei nº 8.137/1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18137.htm>. Acesso em 05 de Abril de 2019.

BRASIL. **Decreto Lei nº 8.420/2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm>. Acesso em: 28 de abril de 2019.

CONDE, Francisco Munoz. **Direito Penal e Controle Social**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. 2. Ed. São Paulo: RT, 2006.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **O combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade de pessoas jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2015, p.74.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio. Uma visão Minimalista do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetrus, 2016.

LOVATTO, Alecio Adão. **Crimes Tributários: aspectos criminais e processuais**. 2.ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

LOVATTO, Alecio Adão. **Crimes Tributários: Aspectos criminais e processuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MIRANDA, Ana Paula M. **A criminalização da sonegação fiscal e das fraudes no Brasil**. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/dos_criminalizacao_sonegacao_fiscal_e_fraudes.pdf>. Acesso em: 05 de maio de 2019.

PALADINO, Carolina de Freitas. **Política Criminal: Direito Penal Mínimo X Direito Penal Máximo**. Disponível em: <<https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/189-742-5-pb.pdf>>. Acesso em: 20 de Abril de 2019.

ROSA JR., Luiz Emygdio. **Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Martin Claret, 2000.

SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Compliance e prevenção à de lavagem de dinheiro: sobre os reflexos da Lei n. 12.683/2012 no mercado de seguros.** Revista de Estudos Criminais. n. 54, v. 12, 2014. p. 166.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário.** São Paulo: Saraiva, 2014; pag. 51.

TORRES, Heleno. **Direito tributário e direito privado: autonomia privada, simulação, elisão tributária.** Revista dos Tribunais. São Paulo, 2003

Autonomia privada, liberdade econômica e regulação: os contornos jurídicos e econômicos da medida provisória nº 881/2019

*Paulo Fernando de Mello Franco*¹

*Lucas Franzói Miguel*²

Introdução

Como se costuma dizer, *mais Estado onde o Estado estiver faltando; menos Estado onde o Estado estiver sobrando*. E, justamente nessa linha de raciocínio, foi concebida a Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019, que inaugura a assim intitulada Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, a qual, ao reconhecer o *status* de direito fundamental à livre iniciativa³, estabelece garantias ao livre mercado, estimula a análise de impacto regulatório e repele regras e princípios jurídicos antagônicos à livre concorrência. A Medida Provisória parece ser o expediente adequado para tratar de um tema que, a nosso sentir, além de relevante, é

¹Doutorando em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF) com estágio doutoral na Universidade de Vigo (UVIGO). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Pós-Graduado em Direito Público pela UCAM - Centro. Pesquisador do Centro de Pesquisas em Direito e Economia (CPDE) da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio). Professor de Direito Civil e de Análise Econômica do Direito convidado dos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio). Advogado. E-mail: paulo.mello@fgv.br.

²Pós-Graduando (LLM) em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ). Bacharel em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco. Advogado. Email: lucasfranzoi.adv@gmail.com.

³ “*Por ser uma extensão da liberdade humana, a livre iniciativa é um direito fundamental*”. TIMM, Luciano. O Novo Direito Civil: Ensaio Sobre O Mercado, A Reprivatização Do Direito Civil E A Privatização Do Direito Público. Livraria do Advogado, 2008.

absolutamente urgente para o Brasil. Os riscos, porém, são os excessos (tanto para mais quanto para menos) e os paradoxos dessa regulação⁴.

Tradicionalmente, preocupado com a interlocução saudável entre Direito e Economia, o Estado cria Leis, como a de nº 12.529/2011, que embora se preocupe com a regulação antitruste, acaba, por seus excessos, provocando inúmeros entraves como (i) o desrespeito à propriedade privada e à liberdade de contratar e ser contratado; (ii) a fundamentação em uma teoria econômica absolutamente equivocada, que considera o mercado como uma realidade estática que pode ser prevista e manipulada por burocratas; (iii) a utilização equívoca e desarranjada de conceitos como concorrência perfeita e monopólio natural, ignorando a inovação em âmbito empresarial; e (iv) a possibilidade do uso político da regulação para perseguição e coação de alguns empresários a fim de que outros sejam favorecidos⁵.

É certo que tais medidas visam a, em alguns casos, amparar, de modo expansivo, indivíduos que, na maior parte dos casos, são maiores, capazes e que têm plenas condições de transigir livremente acerca de disposições contratuais eminentemente privadas, em relação às quais o Estado deveria se limitar a definir os direitos de propriedade envolvidos e a desenhar a moldura normativa aplicável à matéria. Uma intervenção estatal com excessiva regulamentação em assuntos assim, resulta em insegurança jurídica que, por sua vez, resulta em menos eficiência, o que mais ajuda do que prejudica os que o Direito se propôs a auxiliar, *i.e.*, a sociedade e o mercado, ao criar barreiras legais desnecessárias ou pouco ou nada eficazes ou efetivas que neutralizam a real vontade das partes.

É preciso que se diga que, por se tratar de uma Medida Provisória, o conteúdo jurídico e econômico da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica foi dilargado (e, talvez, deturpado) quando de sua tramitação na Comissão Mista do Congresso Nacional. Basta observarmos a quanti-

⁴ SUNSTEIN, Cass. Paradoxes of the Regulatory State. The University of Chicago Law Review, v. 57, n. 2, Administering the Administrative State, 1990.

⁵ CRUZ, André Santa. Direito Empresarial / André Santa Cruz - 8. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 458.

dade de artigos do Projeto de Lei de Conversão (PLV nº 17/19) oriundo da Comissão (cinquenta e três) em comparação com o texto originário do Executivo (dezenove) e constataremos tanto o elastério que se fez quanto a possível deturpação.

Assim, o propósito do presente *paper* é o de analisar o embate entre a autonomia privada e os limites da intervenção do Estado Regulador, o que faremos à luz da Análise Econômica do Direito. Para tanto, no Capítulo I, trataremos da Medida Provisória nº 881/19 propriamente dita ou, mais especificamente, do que ela se tornou após o PLV nº 17/19. Faremos isso a partir do que chamaremos de princípios norteadores da liberdade econômica, nos mesmos moldes do que delineou o art. 2º da MP e do PLV. Em seguida, no Capítulo II, exporemos o que, no nosso entendimento, poderia ser considerado como vantagens provenientes da liberdade econômica, pelo que concentraremos nossa análise na questão da desconsideração da personalidade jurídica e da autonomia privada. Por fim, concluiremos no Capítulo III.

1. A MP nº 881/19, o PLV nº 17/19 e a carga principiológica da liberdade econômica

Com a alcunha de MP da Liberdade Econômica, a Medida Provisória nº 881/19 ocupou e ainda ocupa as capas dos noticiários que costumemente se preocupam com a sua eficácia e efetividade ou com os riscos de que tal se dê. Em relação a sua efetividade, uma inflação legislativa no Código Civil tenderia a superar a preocupação alheia, pelo que, não por acaso, um dos principais impactos da MP nº 881/19 é a alteração imediata do Código Civil, sede normativa do regramento das relações jurídicas *inter privatos*, mediante o detalhamento robusto do que é ou poderia ser compreendido como a aclamada liberdade econômica. Já o segundo aspecto, *i.e.*, em relação aos riscos da MP nº 881/19, a superação demandaria um maior esclarecimento e aprofundamento do assunto,

ônus argumentativo este que, não raro, os noticiários não se dispõem a assumir.

A liberdade econômica funciona, para o Direito e para a Economia, como um mecanismo redutor de custos de transação. Em outras palavras, sem que o Estado e o Direito ou a Regulação interfiram onde não têm de interferir, as partes adquirem maior capacidade de negociação (barganha) e, ao menos de acordo com uma Análise também Econômica do Direito, os acordos privados tendem a promover de per si uma alocação eficiente dos recursos na mão de quem mais valoriza um bem (ou um objeto contratual, por exemplo) e tem capacidade de pagamento. A intervenção indevida do Estado, que, por assim dizer, atuaria como um terceiro causando interferência em um acordo de vontades privadas pode se configurar como uma falha de mercado (externalidade), a partir da qual a eficiência restaria comprometida.

Em um país como o nosso, que poderíamos considerar como em trânsito para o desenvolvimento, não podemos nos dar ao luxo de abdicar de um sem número de investimentos e de riqueza ou benefícios que podem ser promovidos com a formatação de um cenário economicamente amigável para que consigamos captar mais recursos e desenvolvimento. O que queremos dizer é que a redução de entraves burocráticos, de formalismos desnecessários e de custos afundados (*sunk costs*) pode resultar em custos de transação menores, especialmente o custo de execução desses acordos privados.

A liberdade econômica, se e quando cabível, funcionaria, para o Direito e para a Economia, como uma ferramenta de confiança (*reliance*) e, portanto, de segurança econômica e jurídica. Por via de consequência, quanto menor a desconfiança dos *players* nas relações privadas pactuadas no Brasil, menor serão os riscos envolvidos e, em razão disto, os investimentos poderão ser alocados para gerar ainda mais riqueza para as partes, em vez de que estes recursos tenham de ser investidos em mecanismos de garantia para tornarem os acordos privados exequíveis. Para a Economia, sem que os atores privados tenham confiança no Bra-

sil, o que se soma à elevada (e confusa) carga tributária no país, somos uma bomba-relógio na qual há pouco ou nenhum interesse em investir.

A fim de corrigir o caminho tortuoso trilhado pelo Brasil das últimas décadas, a MP nº 881/2019, em seu texto original, foi norteada por três princípios ou valores considerados nucleares à liberdade econômica, a saber: a presunção de liberdade no exercício de atividades econômicas; a presunção de boa-fé do particular e; a intervenção subsidiária, mínima e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas. Pensemos sobre cada um deles.

A presunção de liberdade no exercício das atividades econômicas, que seria certamente relativa e, desta forma, admitiria prova em contrário, é dotada de notável vagueza dado ao conceito jurídico (ainda) indeterminado da liberdade econômica. Sem uma definição clara e adequada dessa liberdade econômica, poderíamos pressupor que, nos moldes atuais, há (embora não haja) liberdade econômica ou não há (mas há sim) um cerceamento estatal das atividades desenvolvidas pelos setores econômicos do Brasil, como se os empresários, vistos usualmente como vilões, fossem livres para exercerem seus negócios. Não são. E isso acarreta um sem número de óbices, tanto jurídicos quanto econômicos. Um bom indício disso que acabamos mencionar é a conclusão do Relatório Global de Competitividade (*The Global Competitiveness Report*)⁶, produzido pelo Fórum Econômico Nacional (*World Economic Forum*), no qual estamos mais próximos dos que têm pior avaliação do que mais perto dos países com melhor *performance*:

⁶ WORLD ECONOMIC FORUM. *The Global Competitiveness Report*, 2018. Disponível em: <<http://reports.weforum.org/global-competitiveness-report-2018/competitiveness-rankings/#series=>>. Acesso em: 02 de agosto de 2019.



7

Com o PLV nº 17/19, a presunção de liberdade econômica se tornou uma garantia de liberdade econômica, o que vai ao encontro da pretendida desburocratização da Administração Pública e da maior atratividade de investimentos.

Em seguida, merece comentários a questão da presunção de boa-fé do particular que, importantíssima para o Direito, é igualmente relevante para a Economia. A boa-fé, não por acaso também conhecida como princípio da confiança, tem a ver com a confiança ótima mencionada pela Economia. O Direito, atuando como um redutor de custos de transação, deve garantir que as relações privadas ou público-privadas sejam pautadas por molduras de confiança, nas quais possamos confiar uns nos outros. Haveria, pois, um direito e, mais do que isto, um dever de confiança que, para além de uma mera boa-fé subjetiva, imporia, por boa-fé objetiva, uma retidão de comportamento. Quanto menos desconfiássemos das nossas contrapartes, menos precisaríamos investir para executar e fazer cumprir nossos acordos privados, o que nos permitiria, como visto anteriormente, alocar nossos recursos para gerar ainda mais riqueza em vez de investirmos em segurança contratual, como a inserção de uma (custosa) cláusula compromissória de arbitragem, por exemplo. Fato curioso é que, com o PLV nº 17/19, a proposta da MP do Executivo é alterada para que se preveja a presunção de boa-fé do particular em face do Poder Público⁸, o que, para não dizer que aniquila o propósito de que

⁷ Cf. disponível em: < <https://portuguese.doingbusiness.org/pt/data/exploreconomies/brazil>>. Acesso em: 04.08.19.

⁸ BRASIL. Projeto de Lei de Conversão nº 17 do ano de 2019.

se presume a boa-fé em uma relação regida por autonomias privadas, drasticamente infirma seus contornos jurídicos e econômicos.

Por fim, consoante a proposta primeva do Executivo, o terceiro princípio norteador da MP nº 881/2019 era o do absentéismo estatal, pelo que, salvo se houver falhas de mercado ou custos de transação altos, o Estado e o Direito não deveriam interferir ou precisamente atrapalhar a autonomia privada que, enquanto manifestação de vontade, orienta a celebração de acordos volitivos. A intervenção subsidiária, mínima e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas resultou principalmente na inclusão do art. 480-B ao Código Civil⁹, ao equiparar a capacidade dos contratantes nas relações interempresariais, tratando-os com simetria, pelo que não há motivo para desprestigiar o que foi avençado por estas em detrimento de qualquer barreira legal desnecessária e sem fundamento concreto. A redação do inciso III do art. 2º da MP foi mantida pelo PLV nº 17/19, mas, logo adiante, o mesmo PLV, em um lapso de genialidade ou ignorância, resolveu inserir mais um inciso ao art. 2º da MP nº 881/19 e, com isto, praticamente fulminou a subsidiariedade e o absentéismo estatal.

Diz o inciso IV do art. 2º do texto do PLV nº 17/19 que também é princípio fundante da liberdade econômica o “*o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado*”. O aparentemente inofensivo inciso incluído pelo PLV, a despeito das poucas palavras, praticamente estabelece uma ponderação *a priori* de princípios, desfigurando a racionalidade que orienta o teste de proporcionalidade e criando uma inexistente posição preferencial (preferred position) dos direitos privados sobre os direitos públicos.

Criou-se, com isso, algo parecido com um princípio da supremacia do interesse privado, tão impróprio quanto o princípio da supremacia do interesse público. Reconhecer que o particular é sempre vulnerável quando contraposto ao Estado é pecar pelo excesso de uma unanimidade

⁹ Art. 480-B. Nas relações interempresariais, deve-se presumir a simetria dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles definida. (Incluído pela Medida Provisória nº 881, de 2019)

que, como com razão disse Nelson Rodrigues, não é estratégia das mais inteligentes. Acreditar que um particular é sempre vulnerável a *ladere* do Estado é ignorar que há particulares e “particulares”, assim como há Estados e “Estados”.

Essa constatação não passou por nós despercebida:

Da mesma maneira que é imperioso obstaculizar o Estado sempre que este se mostre ilimitado – o que, como se disse, reconhece-se na maioria dos exemplos –, também o é quando o titular do poder irrestrito é ilustrado pelo particular – ou por Estado em face de outro Estado –, de modo que sua existência côncava não deva ser negada. Novos questionamentos adviriam: é possível que ente estatal, e todas as estruturas burocráticas complexas que lhe são inerentes, sejam mais frágeis do que a de atores privados? Há como conceber pessoas jurídicas de direito privados mais fortes do que Estados-nação – ou, melhor, a par de uma redefinição do conceito de Estado, plurinacionais? As respostas são afirmativas. Valhamo-nos, para justificá-las, de exemplo pátrio. A soma do lucro registrado em 2013 por quatro grandes bancos brasileiros listados na BM&FBovespa mostrou-se maior que o Produto Interno Bruto (PIB) estimado de 83 países no mesmo ano, segundo levantamento feito com base em dados do Fundo Monetário Internacional (FMI)²³, com lucro líquido aproximado de R\$ 49,41 bilhões em 2013. Conforme o balanço divulgado publicamente, o lucro anual de um dos citados bancos – estimado em R\$ 12 bilhões –, singularmente considerado, supera a soma de todas as riquezas produzidas no ano pela Nicarágua, só para citar este, cujo Produto Interno Bruto (PIB) metrificou-se em US\$ 11,284 bilhões. Com efeito, há países economicamente menores do que pessoas jurídicas de direito privado, o que, no mínimo, instiga a reflexão para a constatação de que Estado de outrora já não é mais o mesmo, não ao menos à unanimidade dos casos¹⁰.

Enfim, essa é apenas uma dentre as tantas provas de que há um visível hiato entre o que era para ser a MP n° 881/19 e o que ela se tornou após o PLV n° 17/19.

Sigamos em frente.

¹⁰ FRANCO, Paulo Fernando de Mello. O Estado tem direitos fundamentais?(!). *In* Revista da Escola da Magistratura Regional Federal, Rio de Janeiro: EMARF TRF 2ª Região, Volume 22, n° 1, maio/outubro de 2015.

2. Os ônus e os bônus da autonomia privada: a função social da liberdade econômica

Já tivemos oportunidade de defender que tudo, absolutamente tudo, tem uma função social¹¹. O mesmo acontece com os institutos de direito privado em geral e, em especial, com a liberdade econômica. Há uma função social extraível do ato ou efeito de garantir que os *players* tenham sua esfera de autonomia respeitada.

Para que fique fácil perceber o que acabamos de expor, pensemos no porquê alguém de dispõe a constituir uma pessoa jurídica: certamente, ao lado da função econômica de perquirir lucros, maximizar interesses e, principalmente, proteção de patrimônio, há também uma função social de, por exemplo, gerar mais renda, empregos, tributos e infra-estrutura. O ponto que estamos querendo colocar é que mesmo atividades eminentemente privadas e com finalidade econômica têm uma função social, cujo benefício é certamente maior do que os custos privados destas atividades.

Quando o Direito se orienta (equivocadamente) para punir e coibir a autonomia privada e a liberdade econômica, como sói acontecer, acaba tolhendo, junto com essa punição (ou proteção, a depender da perspectiva), um sem número de externalidades positivas que podem decorrer de uma atividade econômica que, embora *prima facie* autointeresse egoística, tende a produzir benefícios sociais. Isso provavelmente acontece porque o Direito, crédulo de ser o guardião dos fracos e dos oprimidos, se dispõe a proteger supostos vulneráveis, mas como quase sempre se esquece de pensar nas conseqüências dessa “proteção”, acaba *pseudo* protegendo ou, pior, prejudicando quem mais precisaria de ajuda.

A autonomia privada significa, em termos etimológicos, o poder de dar regras para si próprio, o poder de se auto-regrar. A autonomia privada é, pois, o espaço que a ordem jurídica deixa aos particulares para

¹¹ FRANCO, Paulo Fernando de Mello. A Função Social das Funções Sociais. In Revista da Escola da Magistratura Regional Federal, Rio de Janeiro: EMARF TRF 2ª Região, Volume 18, nº 1, julho de 2013.

que se autorregulem, como entenderem conveniente, através de negócios jurídicos.¹² Autonomia é sinônimo de liberdade. Contudo, não podemos esquecer que, entre o fraco e o forte, a liberdade oprime. Não desconsideramos o fato de que há, sim, hipóteses em que o Estado deve mesmo atuar para cercear liberdades unilaterais ou fictas, o que geralmente acontece quando o dirigismo contratual se impõe para exigir que a boa-fé objetiva seja cumprida para delimitar até onde podem ir as vontades dos particulares. Nossa indisposição não é com a atuação estatal necessária, mas sim com uma atuação impertinente e indevida do Estado.

A liberdade econômica ou, noutro dizer, a autonomia privada se manifesta em três perspectivas: (i) liberdade de contratar, (ii) liberdade de estipular o contrato e (iii) liberdade para determinar o conteúdo do contrato, as quais têm em comum o assento constitucional segundo o qual o interesse privado é tão importante quanto os interesses públicos. Tais liberdades visam a assegurar que um particular e, em última análise, um empresário (que é quem naturalmente tem mais aptidão para conhecer e geralmente conhece melhor as nuances de sua atividade econômica) possa firmar contratos justos e eficientes, sem ter que se adequar a uma imposição de regulamentações descabidas ou regulações excessivas por parte de quem muitas vezes sabe pouco ou quase nada sobre as peculiaridades dessa atividade econômica, que é o Estado. Não são poucos os exemplos nos quais o Estado atua para prejudicar a concorrência, em vez de estimulá-la, criando ou tolerando cartéis, monopólios, duopólios, oligopólios e monopsonios, como por exemplo o cartel de licitações de montagem industrial da Petrobras¹³.

Acaba que assim, a atuação estatal impede a livre iniciativa e compromete a autonomia privada com o peculiar excesso de burocracia e de

¹²PEIXOTO BRAGA NETTO, Felipe. Manual de Direito do Consumidor. 10. ed. Salvador: Juspodium, 2015, p. 368.

¹³ REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. "Cade abre processo para investigar cartel em licitações de contratos da Petrobras." Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-22/cade-abre-processo-investigar-cartel-licitacoes-petrobras>>. Acesso em 03 de agosto de 2019.

demais barreiras legais praticamente intransponíveis à entrada de novos competidores nos mais variados setores da economia.¹⁴

Esse caráter negativo da interferência (no sentido pejorativo da palavra) do Estado fica evidente quando verificamos a questão da alocação de riscos em contratos empresariais ou demais contratos incompletos (ou mais incompletos, já que seria possível afirmar que o que há são graus de incompletude, sendo, para nós, inexistentes os contratos completos). Nesses casos, as partes livremente assumem riscos que afetam de forma frontal o preço e as obrigações pactuadas - como melhores condições de crédito, prazo maior de carência, dentre outras -, baseadas em acontecimentos futuros, que logicamente não podem ser previstos de forma absoluta, e isto já é calculado ao assumirem os riscos. Contudo, ao verificar-se a condição naturalmente mais prejudicial a uma das partes, o Estado intervém, ignorando o pactuado, sob uma falsa justificativa de reequilíbrio.

Desse modo, amplia-se a insegurança jurídica dos contratantes e investidores, prejudicando a economia, o que acaba afetando principalmente os menos abastados. Um reflexo disto dá-se no aumento do *spread* bancário - diferença entre a remuneração que o banco paga ao aplicador para captar um recurso e o quanto esse banco cobra para emprestar o mesmo dinheiro-, em que o Brasil possui o 2º mais alto do mundo¹⁵. Por conseguinte, nosso mercado de crédito é vítima de uma seleção adversa, na qual, por assimetria de informação, repelimos bons pagadores e incentivamos maus pagadores a permanecer tomando crédito. O cadastro positivo¹⁶ tenta amenizar essa interferência, mas, além disto, é preciso garantir uma liberdade econômica que aumente a concorrência e permita o ingresso de novos *players* no mercado de crédito.

¹⁴CRUZ, André Santa. Direito Empresarial / André Santa Cruz - 8. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 458.

¹⁵ INFOMONEY. "Spread bancário do Brasil é o 2º mais alto do mundo; entenda o por quê." Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/minhas-financas/credito/noticia/8305859/spread-bancario-do-brasil-e-o-2-mais-alto-do-mundo>>. Acesso em 28 de maio de 2019.

¹⁶ PORTO, Antonio José Maristrello; FRANCO, Paulo Fernando de Mello. Por uma análise também econômica da responsabilidade civil do cadastro positivo: abordagem crítica do art. 16 da Lei 12.414/2011. In REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR, v. 27, p. 247/271, 2018.

Pontes de Miranda, com sua genialidade já conhecida, já havia percebido a solução: "O direito dos nossos tempos, depois de se haver o homem libertado do direito do clã e da tribo, bem como do privatismo oligárquico da Idade Média, é baseado em que cada um tem campo de autonomia em que pode rumar, como entenda, a sua vida. Supõe-se em cada um aptidão biológica, social e psico-individual para alcançar fins autônomos, escolhendo os fins e, ainda, criando fins seus".¹⁷

Por fim, outro ponto que merece menção é a questão, no contexto jurídico ainda atual, da banalização da personalidade jurídica e da ausência de separação patrimonial entre o que é da pessoa jurídica e o que é o patrimônio do sócio enquanto pessoa física.

Doutrina e jurisprudência divergem acerca da desconsideração da personalidade jurídica ou, mais especificamente, sobre a forma como esse instituto deve ser aplicado. Isso porque, a desconsideração da personalidade jurídica geralmente se explica a partir de duas grandes teorias: a chamada Teoria Maior, adotada pelo Código Civil, que exige, além da insuficiência patrimonial, a demonstração de desvio de finalidade ou confusão patrimonial ou outros tantos outros requisitos e; a dita Teoria Menor, supostamente adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, no Direito Ambiental e na Justiça do Trabalho (muito embora o que acontece na Justiça do Trabalho não se pareça, nem de longe, com desconsideração da personalidade jurídica, já que esta pressupõe requerimento da parte e, não raro, víamos juízes do trabalho desconsiderando personalidades jurídicas de ofício), segundo a qual basta a insuficiência patrimonial para que a *disregard of legal entity* seja aplicada.

Em tese, a desconsideração da personalidade jurídica deveria ser raramente aplicada, *ultima ratio* da *ultima ratio*, devido à necessidade comprovação do preenchimento de algum dos requisitos subjetivos (desvio de finalidade ou confusão patrimonial), contudo, a prática demonstrou-se bem diferente, com a grande maioria dos tribunais do país aplicando o instituto com a simples demonstração do requisito obje-

¹⁷ PONTES DE MIRANDA. Tratado de Direito Privado. T.I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p.XVII.

tivo (insuficiência patrimonial), mesmo em casos que fogem à Teoria Menor, atingindo todos os sócios da empresa.

Dessa maneira, a MP da Liberdade Econômica alterou o art. 50 do Código Civil que passou a ter a seguinte redação: "Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso."¹⁸

A nova redação acertadamente incluiu no final do texto legal a expressão "beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso", porquanto a desconsideração é instrumento de imputação de responsabilidade, não podendo, por certo, sob pena de se ignorar a exigência do próprio nexos causal, atingir sócio que não experimentou nenhum benefício (direito ou indireto) em decorrência do ato abusivo perpetrado por outrem¹⁹.

Foi, nesse ponto, a principal atrocidade (talvez seja esse mesmo o adjetivo adequado) proporcionada pelo PLV nº 17/19. A redação do PLV para a desconsideração da personalidade jurídica esvazia completamente o instituto e sua função social e, pior do que isto, endossa a aplicação da teoria menor que, no curto ou médio prazo, tende a desmotivar e a desincentivar ainda mais o exercício de atividades econômicas no Brasil. Seria (ou será, caso ninguém de bom senso interrompa isto a tempo) a seguinte a nova leitura do art. 50 do NCC: A autonomia patrimonial da pessoa jurídica só pode ser desconsiderada para impedir que a sua manipulação fraudulenta cause prejuízo à aplicação da lei ou a credor. Nosso temor se justifica porque, por mais que a leitura do novo art. 50 do NCC pareça indicar que a preservação da personalidade jurídica é regra e, sua

¹⁸BRASIL. Lei nº. 10.406/2002, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 03 maio. 2019.

¹⁹ STOLZE, Pablo. A Medida Provisória da Liberdade Econômica e a desconsideração da personalidade jurídica (art. 50, CC). Primeiras impressões. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5782, 1 maio 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/73648>>. Acesso em: 3 maio 2019.

desconsideração, exceção, isso é gravíssimo porque atrelar o *disregard* à conceitos jurídicos indeterminados é conferir poder em demasia para os julgadores que poderão dizer, se assim entenderem, que praticamente toda e qualquer razão poderia se enquadrar como manipulação fraudulenta ou prejuízo à aplicação da Lei ou ao credor, ressuscitando a Teoria Menor que sequer deveria ter sido pensada.

3. Conclusão

O presente artigo buscou confrontar a autonomia privada e os limites da intervenção estatal à luz da Análise Econômica do Direito. Na visão exposta, a intervenção do Estado, indevida na maioria dos casos, acaba por causar uma interferência na real vontade das partes, figurando-se uma externalidade que compromete a eficiência contratual.

Importante que se diga que quando defendemos uma maior autonomia privada, não estamos abrigando abusos e arbitrariedades notoriamente ilegais. O que intencionamos demonstrar é que a redução de óbices burocráticos, formalismos dispensáveis e de custos exagerados pode resultar em desembolsos de transação menores, mormente o custo de execução desses acordos privados.

Como exposto no presente artigo, a legislação deve ter o cuidado de não ser extremamente burocrática e ao mesmo tempo protecionista a apenas uma das partes, sobretudo quando trata de institutos que geram sérios impactos na economia e causam enorme insegurança jurídica aos investidores, como a desconsideração da personalidade jurídica.

Com o objetivo de mitigar esses obstáculos, a Medida Provisória nº 881/19, através de seus princípios norteadores (presunção de liberdade no exercício de atividades econômicas; a presunção de boa-fé do particular e; a intervenção subsidiária, mínima e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas) buscou de forma inteligente dar executoriedade a tal desburocratização, o que devemos ficar atento se

realmente será possível, tendo em vista as alterações visadas pelo Projeto de Lei de Conversão (PLV nº 17/19).

4. Referências

BRASIL. Lei nº. 10.406/2002, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 03 maio. 2019

BRASIL. Projeto de Lei de Conversão nº 17 do ano de 2019.

CRUZ, André Santa. Direito Empresarial/ André Santa Cruz - 8. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do Direito Privado. In: TIMM, Luciano

Benetti & MACHADO, Rafael Bicca (Cord.). Função social do direito. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2009.

FRANCO, Paulo Fernando de Mello. A Função Social das Funções Sociais. In Revista da Escola da Magistratura Regional Federal, Rio de Janeiro: EMARF TRF 2ª Região, Volume 18, nº 1, julho de 2013.

FRANCO, Paulo Fernando de Mello. O Estado tem direitos fundamentais?(!). In Revista da Escola da Magistratura Regional Federal, Rio de Janeiro: EMARF TRF 2ª Região, Volume 22, nº 1, maio/outubro de 2015.

GIGO JR., Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coordenador). O que é análise econômica do direito: uma introdução. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

GODOY, Luiz Bueno. Função Social do Contrato: Os novos princípios contratuais. São Paulo. Editora Saraiva, 2012.

PEIXOTO BRAGA NETTO, Felipe. Manual de Direito do Consumidor. 10. ed. Salvador: Juspodium, 2015

PORTO, Antonio José Maristrello; FRANCO, Paulo Fernando de Mello. Uma Análise também Econômica do Direito de Propriedade. *Economic Analysis of Law Review*, v. 7, p. 207-232, 2016.

PORTO, Antonio José Maristrello; FRANCO, Paulo Fernando de Mello. Por uma análise também econômica da responsabilidade civil do cadastro positivo: abordagem crítica do art. 16 da Lei 12.414/2011. In *REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR*, v. 27, p. 247/271, 2018.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. "Cade abre processo para investigar cartel em licitações de contratos da Petrobras." Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-22/cade-abre-processo-investigar-cartel-licitacoes-petrobras>>. Acesso em 03 de agosto de 2019.

SZTAJN, Rachel. Direito e economia. *Revista de Direito Mercantil*, nº 144, outubro/dezembro de 2006.

STOLZE, Pablo. A Medida Provisória da Liberdade Econômica e a desconsideração da personalidade jurídica (art. 50, CC). Primeiras impressões. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5782, 1 maio 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/73648>>. Acesso em: 3 maio 2019.

TIMM, Luciano. *O Novo Direito Civil: Ensaios Sobre O Mercado, A Reprivatização Do Direito Civil E A Privatização Do Direito Público*. Livraria do Advogado, 2008.

WORLD ECONOMIC FORUM. *The Global Competitiveness Report*, 2018. Disponível em: <<http://reports.weforum.org/global-competitiveness-report-2018/competitiveness-rankings/#series=>>. Acesso em: 02 de agosto de 2019.

Análise crítica quanto à constitucionalidade do art. 42 da Lei nº 8.981/95 e a inviabilização econômica gerada para as atividades empresariais

Gabriela Ângela Afif¹

1. Introdução

A partir da entrada em vigor da Lei nº 8.981/95, restou estabelecido que a compensação de prejuízos de pessoa jurídica é limitada à porcentagem de 30% (trinta por cento) do Imposto de Renda.

Tal situação acabou por gerar prejuízos de grande monta às empresas, além de tratar-se de dispositivo possivelmente inconstitucional.

Em que pese às diversas discussões acerca da legitimidade da limitação, o Supremo Tribunal Federal entendeu por, em duas oportunidades distintas, atribuir como característica do supramencionado artigo a constitucionalidade.

O mais recente entendimento da Suprema Corte, datado de 27 de junho de 2019, considerou, ainda, que não há violação aos princípios constitucionais da vedação ao confisco e da capacidade contributiva, entendendo que a possibilidade de compensar os prejuízos tratar-se-ia de benesse concedida ao contribuinte pelo Fisco, passível, portanto, de ser por este último limitada.

¹ Pós-Graduada em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Advogada. E-mail: gabiafif@hotmail.com.

Como voto vencido, o relator do caso, Ministro Marco Aurélio, adotou posicionamento contrário ao da maioria, entendendo pela inconstitucionalidade do dispositivo e afronta a preceitos constitucionais de suma importância, em especial para a garantia da continuidade de atividades empresariais em nosso país.

Diante de tais premissas, de primeiro momento será realizada análise quanto ao critério material do imposto de renda, bem como o conceito de renda e a forma de apuração da base de cálculo, em se tratando de pessoas jurídicas.

Após, averiguar-se-á o dispositivo que limita a compensação dos prejuízos fiscais da pessoa jurídica a 30%, no caso de imposto de renda, com análise dos motivos pelos quais o STF entendeu pela constitucionalidade da norma.

Ao final, serão tecidas críticas ao posicionamento majoritário da Suprema Corte, com análise em viés constitucional e econômico das consequências práticas que a manutenção da limitação traz à atividade empresarial.

2. Critério material do imposto de renda, conceito de renda e modos de aferição da base de cálculo quanto à pessoa jurídica

O critério material do imposto de renda traduz-se em “auferir renda e proventos de qualquer natureza”. Paulo de Barros Carvalho discorre sobre o assunto, afirmando que:

a hipótese de incidência da norma de tributação da “renda” consiste na aquisição de aumento patrimonial, verificável pela variação de entradas e saídas num determinado lapso de tempo. É imprescindível, para a verificação de incrementos patrimoniais, a fixação de intervalo temporal para sua identificação, dado o caráter dinâmico insito à idéia de renda².

² CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: Linguagem e Método*. 6ª Edição, São Paulo: Noeses, 2015, p. 700.

Portanto, entende-se que é imprescindível a fixação de um intervalo de tempo, de modo a averiguar o patrimônio em momentos inicial e final. Demais disso, ainda mais imprescindível é possuir a definição do que seriam “renda e proventos de qualquer natureza”.

O art. 153, inciso III, da Constituição Federal é claro ao outorgar à União a competência para a instituição de imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. Seguindo tal linha de raciocínio, preceitua José Artur Lima Gonçalves:

Considerando que o texto constitucional serviu-se da técnica de referir-se ao critério material da regra-matriz de incidência tributária para o fim de proceder à repartição de competência tributária impositiva, o conceito "renda e proventos de qualquer natureza" foi utilizado para esse fim, sendo intuitivo que o respectivo âmbito não poderá ficar à disposição do legislador ordinário. Admitir o contrário implica conferir ao legislador infraconstitucional competência para bulir com o âmbito das próprias competências tributárias impositivas constitucionalmente estabelecidas, o que é – para quem aceita o pressuposto básico do escalonamento hierárquico da ordem jurídica impositiva. A própria Constituição fornecerá, portanto, ainda que de forma implícita, haurível de sua compreensão sistemática, o conteúdo do conceito de renda por ela Constituição pressuposto.³

No mesmo sentir, é necessário que os conceitos transcritos no artigo 43 do Código Tributário Nacional adequem-se ao “conceito constitucional de renda e proventos de qualquer natureza”, de modo que o conteúdo de referido artigo não pode dissociar-se da noção trazida pela Carta Magna. Nas palavras do professor Roberto Quiroga Mosquera, mencionando o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Bandeira de Mello aponta que as normas infraconstitucionais não podem conferir aos termos "renda" e "proventos" uma conotação ou denotação transbordantes do sentido admissível na inteligência normal e daqueles demarcados constitucionalmente. Ressalta ainda o ilustre jurista que, caso fosse negada essa assertiva, de que as significações das normas jurídicas de hierar-

³ GONÇALVES, José Artur Lima. Imposto Sobre a Renda, pressupostos constitucionais, Editora Malheiros 1997, pag. 170/171

quia inferior devem adequar-se às significações de "renda" e "proventos" presentes no Texto Supremo, os preceptivos constitucionais teriam valência nula, isto é: não se prestam a cumprir sua única e específica função: demarcar, na qualidade de regras superiores, o campo de liberdade do legislador, assim como de todos os regramentos, atos e intelecções sucessivos. Deveras, se o legislador ou o aplicador da regra pudessem delinear, a seu talante, o campo de restrições a que estão submetidos, através da redefinição das palavras constitucionais, assumiriam, destarte, a função de constituinte.⁴

Em mesmo sentido, Hugo de Brito Machado leciona que:

Em face das controvérsias a respeito do conceito de renda, há quem sustente que o legislador pode livremente fixar o que como tal se deva entender. Assim, porém, não nos parece que seja. Entender que o legislador é inteiramente livre para fixar o conceito de renda e de proventos importa deixar sem qualquer significação o preceito constitucional respectivo. A Constituição, ao atribuir competência tributária à União, alude a renda e a proventos. Assim, entender-se que o legislador ordinário pode conceituar, livremente, essas categorias implica admitir que esse legislador ordinário pode ampliar, ilimitadamente, essa atribuição de competências, e tal não se pode conceber em um sistema tributário como o brasileiro.⁵

Pode-se delinear, portanto, que não foi conferida ao legislador infraconstitucional a possibilidade de ampliar o conceito de renda, sob o risco de incorrer em inconstitucionalidade.

Por fim, quanto a referido conceito, explica Paulo de Barros Carvalho que

Prevalece, no direito brasileiro, a terceira das teorias referidas, segundo a qual o que interessa é o aumento do patrimônio líquido, sendo considerado como lucro tributável exatamente o acréscimo líquido verificado no patrimônio da empresa, durante período determinado, independentemente da origem das diferentes parcelas. É o que se depreende do art. 43 do Código Tributário Nacional⁶.

⁴ MOSQUERA, Roberto Quiroga. Renda e Proventos de Qualquer Natureza – O imposto e o conceito constitucional, Editora Dialética 1996, pag. 40.

⁵ MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 29.^a ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008. Pp. 313-314

⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário: Linguagem e Método. 6^a Edição, São Paulo: Noeses, 2015.

Feitas tais explanações, destaca-se, quanto à base de cálculo do tributo, que o art. 44 do Código Tributário Nacional afirma que esta é o “*montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis*”.

Em seu turno, a legislação ordinária define a renda para pessoas jurídicas como sendo apurada pelo lucro, que pode ser aferido de três maneiras: real, presumido ou arbitrado, vide art. 26 da Lei nº 8.981/91.

O lucro real abarca os ganhos e despesas, realizando a diferença entre um e outro, de modo que o resultado final atingido tratar-se-á do lucro real. Ele é apurado resultando-se da diferença entre receita bruta e despesas operacionais, com critérios contábeis/fiscais e exigência das documentações comprobatórias das receitas e despesas. A Lei nº 9.718/98 traz em seus arts. 13 e 14 a obrigatoriedade da utilização desta espécie de lucro para averiguar os valores a serem tributados nas empresas ali indicadas, sendo opcional para as demais.

Lado outro, o lucro presumido é aquele em que se vislumbra a receita bruta da pessoa jurídica, fazendo incidir sobre ela uma alíquota, de modo que o resultado final será o lucro presumido. Sua previsão legal encontra-se no art. 15 da Lei nº 9.249/95.

Finalmente, o lucro arbitrado possui uma definição praticamente idêntica ao presumido, com a diferença de que a autoridade administrativa é que realizará a conta, quando não puder apurar o valor dos lucros real ou presumido da pessoa jurídica para fins de tributação, em razão de descumprimento de obrigações tributárias acessórias.

3. A “trava de 30%” trazida pelo art. 42 da Lei nº 8.981/95 e sua análise de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal

De acordo com a legislação tributária, é possível que prejuízos fiscais apurados em lapsos anteriores sejam devidamente compensados com lucros apurados *a posteriori*, para o caso de pessoas jurídicas tributadas pela sistemática do lucro real, acima explanado.

No entanto, o art. 42 da Lei nº 8.981/95 estabeleceu um limite para referida compensação, à razão de 30% (trinta por cento) do Imposto de Renda, comumente denominado “trava dos 30%”.

Os prejuízos “*nada mais são que despesas e custos anteriores que não produziram – ou não produziram ainda – resultados positivos*”⁷ e o prejuízo fiscal é passível de conceituação como sendo “*o lucro real negativo apurado ao final de qualquer período-base da pessoa jurídica, o qual, segundo a lei, pode ser compensado com os lucros tributáveis dos períodos-base subsequentes*”.⁸

Com o advento de referida lei, surgiram diversos questionamentos quanto à possibilidade de aplicar a limitação quantitativa de 30% à compensação, diante do que é definido por fato gerador do IRPJ, e quanto à sua constitucionalidade.

Em meio às diversas discussões, o Supremo Tribunal Federal entendeu, em Recurso Extraordinário nº 344.944/PR, pela constitucionalidade do art. 42 da Lei nº 8.981/95 no que se refere à estipulação do limite de 30%.

À época, a Ministra Ellen Gracie pediu vista dos autos do supramencionado Recurso Extraordinário, optando pela improcedência do petição com respaldo na crença de que não há “*direito líquido e certo à compensação outrora realizada sem o limite percentual*”, já que se trataria de benefício fiscal concedido pelo legislador. Destaca-se o seguinte trecho de seu voto:

Entendo, com vênua ao eminente Relator, que os impetrantes tiveram modificada pela Lei 8.981/95 mera expectativa de direito donde o não-cabimento da impetração. Isto por que, o conceito de lucro é aquele que a lei define, não necessariamente, o que corresponde às perspectivas societárias e econômicas. (...) A rigor, as empresas deficitárias não têm “crédito” oponível contra a Fazenda Pública. Lucro e prejuízo são contingências do mundo dos negócios. Inexiste direito líquido e certo à “socialização” dos prejuízos, como a garantir

⁷ ÀVILA, Humberto, Conceito de Renda e Compensação de Prejuízos Fiscais, São Paulo: Malheiros, 2011, p. 43.

⁸ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de, Fundamentos do Imposto de Renda. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.859.

a sobrevivência de empresas ineficientes. É apenas por benesse da política fiscal (...) que se estabelecem mecanismos como o que ora examinamos, mediante o qual é autorizado o abatimento dos prejuízos verificados, mais além do exercício social em que constatados. Como todo favor fiscal, ele se restringe às condições fixadas em lei. É a lei vigorante para o exercício fiscal que definirá se o benefício será calculado sobre 10, 20 ou 30% ou mesmo a totalidade do lucro líquido. Mas até encerrado o exercício fiscal, ao longo do qual se forma e se conforma o fato gerador do Imposto de Renda, o contribuinte tem mera expectativa de direito quanto à manutenção dos patamares fixados pela legislação que regia os exercícios anteriores.⁹

Verifica-se, portanto, que a Corte Suprema firmou seu entendimento, em especial, no critério temporal do tributo ora mencionado, com alegações de que este incidirá sobre o lucro anual, baseando-se nos resultados da pessoa jurídica entre 01 de janeiro a 31 de dezembro do respectivo ano civil, de modo que a compensação de prejuízo dos anos anteriores com lucros dos anos posteriores seria escolha do legislador, o que o levaria à possibilidade de limitá-la como bem entendesse.

Diante de intensos e novos debates gerados com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (realizando-se ressalva de que o tema não foi pacificado perante o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF), foi realizado novo e recente julgamento no dia 27 de junho de 2019, através do RE nº 591.340/SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio de Melo.

O plenário decidiu, novamente, que a “trava dos 30%” é constitucional, com divergência aberta pelo ministro Alexandre de Moraes, que assinalou que a compensação seria benesse dada ao contribuinte pelo legislador e que a limitação não possui caráter confiscatório e nem fere a capacidade contributiva. Seu voto foi acompanhado pelos ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Gilmar Mendes, Luiz Fux e Dias Toffoli.

Como voto vencido, o ministro Marco Aurélio firmou posicionamento contrário ao da maioria, considerando que a limitação seria, em verdade, inconstitucional, afirmando que *“É como se não tivesse havido*

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 344.994-0/PR. Recorrente: RP Fomento Comercial LTDA. Recorrido: União. Órgão Julgador: Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF: 25 de março de 2009.

*prejuízo maior do que os 30% e se chegaria, no campo da ficção, a um lucro líquido que não seria verdadeiramente um lucro líquido”.*¹⁰ Em seu entendimento, o contribuinte vê-se na obrigação do recolhimento de um tributo que não é correspondente à renda.

Prosseguiu o ministro com duras críticas, afirmando que a atuação do Fisco neste sentido “*ganha contornos próprios a empréstimo compulsório, sem a existência de LC e dos objetivos que estão previstos de forma exaustiva no art. 148 da CF*” e que “*Não há como desvincular a renda de certo ano da renda a ser auferida futuramente. Desconsiderar o investimento efetuado pela sociedade empresária para atingir o lucro posterior é desmembrar elementos indissociáveis*”.

Em que pese à (acertada) opinião contrária de Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade da limitação, de modo que o dispositivo legal segue vigente.

4. Patentes inconsistências do dispositivo legal, com visível inconstitucionalidade e inviabilização da atividade econômica de uma empresa

Não obstante o posicionamento adotado pela Corte Suprema, acima delineado, insta ressaltar a existência patente de inconstitucionalidade da norma jurídica trazida pelo art. 42 da Lei nº 8.981/95, porquanto: a) É incompatível com a hipótese de incidência do Imposto de Renda em casos de prejuízos acumulados; b) Ofende os princípios da capacidade contributiva e da vedação ao não-confisco; e c) Fere a ordem econômica constitucionalmente consagrada, prejudicando em muito a iniciativa privada.

Como visto, o conceito de renda tributável pelo Imposto sobre a Renda exclui do campo de incidência deste último as verbas que não se

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 591.340/SP. Recorrente: Polo Industrial Positivo E Empreendimentos LTDA. Recorrido: União. Órgão Julgador: Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF: 27 de junho de 2019.

traduzam em acréscimo patrimonial, o que é motivo para que prejuízos fiscais não sejam limitados da maneira como o são.

O raciocínio é bastante simples: existindo encontro entre prejuízos antigos e o produto havido pela empresa no exercício, com resultados positivos, existe o acréscimo patrimonial; lado outro, resultando-se em saldo negativo, inexistente o acréscimo, não existindo qualquer base para que a tributação ocorra.

Para se apurar os resultados, de modo a aferir a base de cálculo do tributo, não se pode levar em conta apenas um exercício financeiro, mas sim o momento em que se iniciaram as atividades empresariais e os anos seguintes, já que a atividade empresarial, economicamente falando, não se resume a períodos pontuais e isolados de apuração.

Nesta linha de raciocínio, explana Roque Antônio Carraza:

Sujeitar à tributação apenas os lucros obtidos num exercício financeiro, isto é, com desconsideração dos eventos econômicos relevantes, verificados nos anos anteriores, significa, em última análise, admitir o absurdo da hipótese de a pessoa jurídica ser obrigada a pagar imposto (que – tornamos a repetir – incide sobre a renda) ainda que se encontre, considerando-se o termo inicial de suas atividades (e não apenas o período de apuração), em situação de prejuízo.¹¹

Em mesmo traçar, Misabel Derzi afirma:

Se, no início do exercício, no balanço de abertura, correspondente ao balanço de encerramento do ano anterior, o patrimônio líquido era 70 (100 – 30, no exemplo acima), e no final do período continua sendo de 70, então não houve acréscimo de valor real, renda gerada pela pessoa, não houve lucro tributável. O patrimônio não pode ser atingido pelo imposto de renda ou pela contribuição social sobre o lucro.¹²

Ocorre que a legislação tributária precisa delinear um período de tempo para verificar os valores aferidos a título de lucros, de modo a

¹¹ CARRAZA, Roque Antônio, *Imposto Sobre a Renda – Perfil Constitucional e Temas Específicos*, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 235.

¹² DERZI, Misabel. *Tributação da Renda Versus Tributação do Patrimônio*. Em ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Imposto de Renda: questões atuais e emergentes*. São Paulo: Dialética, p. 107-108.

apurar o Imposto de Renda, já que é necessária a realização da atividade de cobrança. Desta feita, é criada ficção jurídica pela lei tributária, de modo que é visada a compressão em um único período de algo que deveria ser analisado em diversos períodos, relacionados entre si.

Diante de tal situação, surgem situações em que, em que pese seja averiguado saldo positivo dentro do período determinado pelo Fisco, a empresa, na realidade, não auferiu lucros, já que teve prejuízos maiores em anos anteriores em comparação ao saldo positivo obtido no ano base analisado. O resultado é a tributação do patrimônio da empresa, em detrimento do acréscimo patrimonial.

Assim, tem-se como carente de legitimidade e inconstitucional uma cobrança de Imposto de Renda sem dar ao empresário a possibilidade de compensar os prejuízos anteriores, de modo que o lucro tributado no caso é meramente fictício. Essa compensação, ao contrário do que entenderam os ministros em seus posicionamentos já expostos alhures, não se trata de benefício fiscal, mas sim de tentativa de atribuir coerência à hipótese de incidência do tributo, aproximando-se as intenções do ordenamento jurídico com a situação real das empresas no país.

Neste sentir, leciona Paulo César Conrado:

(...) inibir a compensação integral dos prejuízos, além de engendrar um desvirtuamento do conceito de 'renda' / 'lucro' inscrito no art. 189 da Lei 6.404/76 (malferindo-se, pois, o artigo 110 do Código Tributário Nacional), implica, também (e o que é mais grave), num artificial 'alavancamento' do resultado da pessoa jurídica, impondo-lhe, à guisa de IRPJ e CSL, um tributo que não incide sobre a 'renda' ou 'lucros' verdadeiros, mas sim sobre algo que o legislador quis que fosse considerado como tal.¹³

Não bastasse, a limitação dos 30% fere os princípios constitucionais da capacidade contributiva e da vedação ao confisco, mandamentos bási-

¹³ CONRADO, Paulo Cesar (1997), "Imposto de renda e contribuição social sobre o lucro - limitação à compensação de prejuízos e os princípios da continuidade das empresas e da solidariedade dos exercícios". In Revista Dialética de Direito Tributário. n. 18. São Paulo: Dialética, p. 152.

cos para a garantia da iniciativa privada e manutenção das atividades empresárias da pessoa jurídica.

É de se destacar que, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 344.994/PR, não houve análise da violação a tais preceitos trazidos pela Carta Magna, no entanto o julgado do Recurso Extraordinário 591.340/SP trouxe entendimento de que tal violação não ocorre.

Quanto ao princípio da capacidade contributiva, trazido pelo art. 145, § 1º da CFRB/88, este garante ao contribuinte que arque com a tributação de acordo com sua capacidade de contribuir, com gradação de impostos levando em consideração as características singulares de cada um, quando isto for possível. Na lição de Roque Antônio Carraza:

Capacidade contributiva não é qualquer manifestação de riqueza, mas aquela força econômica passível de concorrer às despesas públicas. Conquista do Estado Moderno, ajuda a realizar a justiça social, por que tem o escopo de fazer com que cada pessoa colabore com as despesas públicas na medida de suas possibilidades.¹⁴

Em seu turno, o princípio do não-confisco encontra resposta no art. 150, inciso IV da Carta Magna, trazendo a premissa de que não poderá haver tributação confiscatória, ou seja, não poderá o tributo atingir patamares que comprometam a propriedade do contribuinte. Novamente nos ensinamentos de Carraza:

Confisco – ainda que o termo padeça da ambiguidade e da imprecisão característica da linguagem do direito positivo, pode ser singelamente definido como a situação que revela, prima facie, que o contribuinte está sendo gravado além da conta, a título de tributo. (...) O princípio da não confiscatoriedade limita o direito que as pessoas políticas têm de expropriar bens privados. Assim, os impostos devem ser graduados de modo a não incidir sobre as fontes produtoras de riqueza dos contribuintes e, portanto, a não atacar a consistência originária das suas fontes de ganho.¹⁵

¹⁴ CARRAZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário. São Paulo: Malheiros, 2013, pág. 122.

¹⁵ CARRAZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário. São Paulo: Malheiros, 2013, pág. 114 e 115.

Tais princípios prestam-se à proteção da liberdade e propriedade, diante de cobranças eventualmente desproporcionais e abusivas por parte do Fisco.

Ora, a capacidade contributiva é ferida diante de sucessivos prejuízos, seguidos de “lucros” que sequer repõem o patrimônio da pessoa jurídica. Também se encontra afrontada a vedação ao não-confisco, quando o resultado prático da limitação de 30% para compensação aqui debatida acaba por tributar o patrimônio da empresa.

Finalmente, quanto à garantia da ordem econômica, constitucionalmente tratada, insta tecer os comentários finais da motivação pela qual a “trava dos 30%” mostra-se inconstitucional e, além disso, é capaz de trazer prejuízos econômicos à empresa de tamanha monta, em um país onde a tributação da pessoa jurídica já se mostra bastante densa.

Em seu art. 170, a Constituição Federal previu diversos princípios que deverão nortear a ordem econômica do país, dentre os quais a livre iniciativa (caput), a propriedade privada (inciso II) e a função social da propriedade (inciso III). Em atenção a tal dispositivo, José Afonso da Silva pontua que:

A Constituição declara que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre 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 princípio básico da ordem capitalista.¹⁶

Em que pese na atualidade o direito à propriedade não possuir caráter absoluto, como quando surgiram os direitos fundamentais de primeira geração, suas características elementares não foram esvaziadas pela nova ordem constitucional.

A propriedade passou a ser, portanto, de interesse não apenas do proprietário em si, mas também de toda a coletividade em que se insere, já que é fonte de riqueza que pode, indiretamente, aproveitar a todos.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2008, pág. 788.

Desta feita, o constituinte captou que permitir o desenvolvimento econômico de um indivíduo e da iniciativa privada é de importância crucial ao Brasil e à sua economia.

Desta forma, a atuação ideal do Estado incluiria o favorecimento de atividade econômica, com incentivo à iniciativa privada através de, por exemplo, uma tributação que não acabe por suprimir o eventual potencial econômico da empresa, sem, é claro, abrir mão do necessário sustento estatal como um todo.

Uma empresa pode ser responsável por produzir riquezas e gerar empregos, o que, via de consequência, origina rendas, necessárias ao consumo, que, como em um ciclo, favorece o mercado e melhora a vida da população no geral.

Ao tributar o patrimônio da empresa, sem atentar-se aos princípios da capacidade contributiva e à vedação ao confisco, além de desconsiderar o critério material do imposto em comento, o Fisco acaba desestimulando a atividade empresarial de maneira completamente desproporcional e desprovida de razoabilidade.

Neste sentir, é de se admitir que a opção do Supremo Tribunal Federal em declarar constitucional o art. 42 da Lei nº 8.981/95 e, por consequência, a “trava dos 30%”, acaba por dificultar o desenvolvimento econômico de atividades empresariais, que já são vastamente tributadas pelo Fisco, que promove destinação no mínimo “duvidosa” do dinheiro público quando se vislumbra a situação atual do país.

6. Conclusão

O presente artigo buscou elucidar a problemática do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido da constitucionalidade da “trava dos 30%”, demonstrando-se a repercussão econômica que, na prática, pode ser verificada dentro de uma empresa.

É possível averiguar que a limitação da compensação dos prejuízos de anos anteriores para apenas 30%, para fins de apuração do Imposto

de Renda em caso de pessoa jurídica, acaba por contrariar as ordens jurídica e econômica vigentes.

Não obstante, o dispositivo legal não preenche o critério material de incidência do tributo, resultando em tributação do *patrimônio* de uma empresa, ao invés de seu efetivo acréscimo patrimonial, com análise superficial ao interregno de um ano civil, entendendo como “auferir renda” um lucro basicamente fictício.

Além do mais, verifica-se afronta a dispositivos constitucionais que garantem ao contribuinte a preservação de sua capacidade contributiva, bem como vedação à tributação com efeitos confiscatórios.

Por fim, ao arpejo do que prevê o espírito da ordem econômica trazida pela Carta Magna, o art. 42 da Lei Nº 8.981/95 acaba por permitir, diante de lucro meramente aparente da pessoa jurídica, a tributação de seu patrimônio ao invés de sua renda, o que gera tributação exacerbante e desarrazoada a ente que já é comumente tributado em excesso, com dificuldades de se manter em nosso país.

Não há outra conclusão, senão a de que a possibilidade de compensação aqui debatida não se trata de “benesse” trazida pelo Fisco ao contribuinte, mas de verdadeira tentativa de adequar o contexto fático à hipótese de incidência do tributo, além de garantia da continuidade das atividades das empresas, que já se mostram dificultosas no Brasil.

7. Referências

ÀVILA, Humberto, Conceito de Renda e Compensação de Prejuízos Fiscais, São Paulo: Malheiros, 2011.

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

BRASIL. Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 344.994-0/PR. Recorrente: RP Fomento Comercial LTDA. Recorrido: União. Órgão Julgador: Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF: 25 de março de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 591.340/SP. Recorrente: Polo Industrial Positivo E Empreendimentos LTDA. Recorrido: União. Órgão Julgador: Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF: 27 de junho de 2019.

CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário: Linguagem e Método. 6ª Edição, São Paulo: Noeses, 2015.

CARRAZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário. São Paulo: Malheiros, 2013.

CARRAZA, Roque Antônio, Imposto Sobre a Renda – Perfil Constitucional e Temas Específicos, São Paulo: Malheiros, 2005.

CONRADO, Paulo Cesar (1997), “Imposto de renda e contribuição social sobre o lucro - limitação à compensação de prejuízos e os princípios da continuidade das empresas e da solidariedade dos exercícios”. In Revista Dialética de Direito Tributário. n. 18. São Paulo: Dialética.

DERZI, Misabel. Tributação da Renda Versus Tributação do Patrimônio. Em ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). Imposto de Renda: questões atuais e emergentes. São Paulo: Dialética.

GONÇALVEZ, José Artur Lima. Imposto Sobre a Renda, pressupostos constitucionais, Editora Malheiros 1997.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 29.ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. Renda e Proventos de Qualquer Natureza – O imposto e o conceito constitucional, Editora Dialética 1996.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de, Fundamentos do Imposto de Renda. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2008.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org