



Ciências Contábeis
UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA



Camila Magalhães

Instituições de Direito Público e Privado

INSTITUIÇÕES DO DIREITO PÚBLICO E PRIVADO

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

Reitor: João Carlos Salles Pires da Silva

Vice-Reitor: Paulo César Miguez de Oliveira

Pró-Reitoria de Ensino de Graduação

Pró-Reitor: Penildon Silva Filho

Faculdade de Ciências Contábeis

Diretor: Prof. Joséilton Silveira da Rocha

Superintendência de Educação a

Distância -SEAD

Superintendente: Márcia Tereza Rebouças

Rangel

Coordenação de Tecnologias Educacionais

CTE-SEAD

Haenz Gutierrez Quintana

Coordenação Administrativa

CAD-SEAD

Sofia Souza

Coordenação de Design Educacional

CDE-SEAD

Lanara Souza

UAB -UFBA**Bacharelado em Ciências Contábeis****EaD**

Coordenadora:

Profª Inês Teresa Lyra Gaspar da Costa

Produção de Material Didático

Coordenação de Tecnologias Educacionais

CTE-SEAD

Núcleo de Estudos de Linguagens &

Tecnologias - NELT/UFBA

Coordenação

Prof. Haenz Gutierrez Quintana

Projeto gráfico

Prof. Haenz Gutierrez Quintana

Capa: Prof. Alessandro Faria

Foto de capa: Pixabay

Equipe de Revisão:

Edivalda Araujo

Julio Neves Pereira

Márcio Matos

Equipe Design

Supervisão

Alessandro Faria

Editoração / Ilustração

Tarcísio Rodrigues

Camila Moraes Leite

Design de Interfaces

Raissa Bomtempo

Equipe Audiovisual

Direção:

Prof. Haenz Gutierrez Quintana

Produção:

Salette Maso

Câmera

Maria Christina Souza

Edição:

Franklin Matos Junior

Animação e videografismos:

Marcone Pereira

Thiago Andrade Santos

Edição de som e Trilha Sonora:

Pedro Henrique Queiroz Barreto



Esta obra está sob licença *Creative Commons CC BY-NC-SA 4.0*: esta licença permite que outros remixem, adaptem e criem a partir do seu trabalho para fins não comerciais, desde que atribuam o devido crédito e que licenciem as novas criações sob termos idênticos.

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Universitária Reitor Macedo Costa
SIBI - UFBA

Magalhães, Camila

M188 Instituições de direito público e privado/ Camila Magalhães. Salvador: UFBA, Faculdade de Ciências Contábeis, Superintendência de Educação a Distância. 2017. 96 p. il.

ISBN: 978.85.8292.128-9

1.Direito público. 2.Direito privado. I.Faculdade de Ciências Contábeis.
II.Superintendência de Educação a Distância.III.Título.

CDU 342

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE CIÊNCIAS CONTÁBEIS
CIÊNCIAS CONTÁBEIS

INSTITUIÇÕES DE DIREITO PÚBLICO E PRIVADO

Camila Magalhães

Salvador, 2017

SUMÁRIO

UNIDADE I- INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO 13

| | |
|----------------------------------|----|
| 1.1. Os sentidos do direito | 13 |
| 1.2. O direito no Estado Moderno | 14 |
| 1.2.1. Funções do direito | 16 |
| 1.2.2. Fontes do direito | 17 |
| 1.2.3. Direito público e privado | 21 |
| 1.3. Objetivos do aprendizado | 23 |

UNIDADE II – TEORIA GERAL DO ESTADO 23

| | |
|---|----|
| 2.1. Formação do Estado na Modernidade: etapas históricas. | 23 |
| 2.1.1. Primeira etapa | 24 |
| 2.1.1.1. Elementos essenciais do Estado | 27 |
| 2.1.2. Segunda etapa | 30 |
| 2.1.2.1. Poderes e funções do Estado | 32 |
| 2.1.3. Terceira etapa | 37 |
| 2.1.3.1. Formas de Estado, formas de Governo e sistemas de Governo. | 43 |
| 2.2. Objetivos do aprendizado | 45 |

UNIDADE III – DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

| | |
|--|----|
| 3.1. Teoria da Constituição | 46 |
| 3.1.1. Tipologia das Constituições | 46 |
| 3.1.2. Constitucionalismo moderno | 48 |
| 3.2. O direito constitucional | 48 |
| 3.2.1. O direito constitucional como ciência | 49 |
| 3.2.2. O direito constitucional objetivo | 50 |
| 3.2.3. O direito constitucional subjetivo | 50 |
| 3.3. A Constituição Federal de 1988 | 50 |

| | |
|---|-----------|
| 3.4. Organização do Estado brasileiro | 54 |
| 3.5. Objetivos do aprendizado | 56 |
| UNIDADE IV - DIREITO ADMINISTRATIVO | 56 |
| 4.1. Governo e Administração | 57 |
| 4.1.1. Entidades políticas e administrativas | 58 |
| 4.2. Órgãos e agentes públicos | 59 |
| 4.3. A Administração Pública | 63 |
| 4.3.1. Princípios da Administração Pública | 63 |
| 4.3.2. Poderes da Administração Pública | 65 |
| 4.4. Objetivos do aprendizado | 65 |
| UNIDADE V- DIREITO TRIBUTÁRIO | 65 |
| 5.1. Conceito e espécies de tributos | 67 |
| 5.1.1. Funções dos tributos | 68 |
| 5.1.2. Espécies tributárias | 68 |
| 5.2. Competência tributária | 72 |
| 5.3. Princípios do direito tributário | 74 |
| 5.4. Objetivos do aprendizado | 78 |
| UNIDADE VI - DIREITO DO TRABALHO | 78 |
| 6.1. O conflito social entre capital e trabalho e o direito do trabalho | 78 |
| 6.2. Princípios do direito do trabalho | 81 |
| 6.3. Elementos da relação de emprego | 85 |
| 6.4. Tipos de contrato individual de trabalho | 86 |
| 6.5. Objetivos do aprendizado | 91 |
| REFERÊNCIAS | 92 |

Mini Currículo do professor

Mestre e doutoranda em Direitos Humanos, pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), sob orientação do antropólogo Prof. Kabengele Munanga. Professora Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (FDFBA), na disciplina Instituições de Direito Público e Privado. Advogada na área trabalhista.

Carta de apresentação da disciplina

O que mais se precisa na formação jurídica dos profissionais do direito, de qualquer outro ramo das ciências humanas e sociais é conhecer as instituições que organizam a sociedade.

O mundo do direito nos oferece a possibilidade de conhecer as instituições em sua estrutura jurídica, ou seja, conhecer a moldura feita de princípios e regras que regulam o funcionamento das instituições, bem como, em sua materialidade real, ou seja, conhecer o seu modo de ser, seus atores e as práticas que as determinam.

O conteúdo a ser trabalhado nesta disciplina tem ênfase nos aspectos jurídicos dos principais campos de regulação do direito no Estado Moderno Ocidental, que representa o contexto histórico mais geral dentro do qual as relações entre Estado, direito e sociedade brasileira se configuram, com todas as ressalvas sobre suas particularidades culturais.

Contudo, o estudo das instituições não pode prescindir de abordar aspectos não jurídicos, especialmente os seus contornos históricos e políticos que, numa perspectiva exclusivamente normativa do direito, por (muitas) vezes, passam ignoradas na construção do saber sobre as instituições.

Quanto aos aspectos não jurídicos, nosso foco será contextualizar historicamente o estudo do direito no âmbito da Modernidade e das formas de Estado vivenciadas neste período. Nos limites desta disciplina, nossa abordagem histórica buscará pôr em diálogo a teoria geral do Estado, cujas bases epistemológicas são eurocêntricas, e as particularidades da realidade brasileira.

Neste sentido, aspectos jurídicos e não-jurídicos dialogam através de uma narrativa histórica, que busca explicar o mundo do direito em interação com a realidade que o produz.

A disciplina IDPP pode ser descrita como uma síntese que sistematiza conhecimentos jurídicos, filosóficos, sociológicos, históricos, antropológicos e econômicos, valendo-se de tais conhecimentos para apresentar uma visão geral que permita claramente ao estudante observar as relações do direito com o poder, favorecendo a construção de um olhar crítico sobre as instituições.

Temos como ponto de partida que direito é um fenômeno sociocultural, produzido pela interação humana ao longo dos tempos, e materializado por fontes históricas,

documentos jurídicos, agentes operantes, instituições legais reguladoras e práticas de solução de conflitos.

Portanto, o mundo do direito assume distintas realidades, sendo um campo constituído pelas disputas sociais sobre a normatividade vigente numa sociedade.

A presente disciplina vai contribuir para a educação jurídica do estudante de Ciências Contábeis apresentando noções gerais de direito através do estudo de Introdução ao estudo do Direito, Teoria geral do Estado, Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito do Trabalho.

UNIDADE I – INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO

1.1. Os Sentidos do Direito

Podemos afirmar que o direito, em sentido bem amplo, corresponde à exigência de uma convivência ordenada, pois nenhuma sociedade persiste sem um mínimo de organização, direção e, principalmente, de solidariedade.

Portanto, o direito não pode ser concebido apenas como regra ou comando, pois a realização de uma “convivência ordenada”, exige valores, consensos, diálogo, cooperação, graus de violência suportáveis socialmente, solidariedade social.

Para começarmos o nosso estudo sobre o mundo do direito, vamos ressaltar a característica polissêmica da palavra “direito”, que pode ser utilizada em diferentes sentidos, para expressar realidades distintas.

Por exemplo, ora utilizamos a palavra direito para designar uma norma (*O direito penal brasileiro criminaliza a quebra do sigilo profissional*), ora para afirmar o direito individual, isto é, uma faculdade do sujeito frente a outro sujeito ou ao Estado (*O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito de todos os indivíduos*) ou, ainda, para expressar a noção de justiça numa situação determinada (*A legislação trabalhista garante o direito ao salário mínimo para todos os empregados que trabalham oito horas diárias*).

Também podemos usar o termo direito com significado de ciência, como uma área do conhecimento que estuda, de forma ampla, o fenômeno jurídico nas sociedades (*O direito é uma ciência social*).

O jurista José Reinaldo de Lima Lopes (2011), que estuda o direito numa perspectiva histórica, destaca três importantes significados:

1. Direito como **ordenamento jurídico**, ou seja, enquanto conjunto de **leis e regras** que regulam as relações sociais, atribuindo direitos e deveres aos sujeitos e instituições.
2. Direito como **conjunto de instituições**, ou seja, enquanto **práticas sociais reiteradas e organizações** que produzem e aplicam o direito.
3. Direito como **conhecimento/cultura**, ou seja, enquanto **diferentes saberes** que fundamentam e organizam as racionalidades jurídicas.

1.2. O Direito no Estado Moderno

O significado predominante do direito no Estado moderno foi o de norma estatal.

Enquanto norma, o direito abrange o ordenamento jurídico nacional posto pelo Estado ou por outros atores autorizados, sendo entendido como um sistema de *dever-ser*, organizado hierarquicamente, em função de princípios e regras

O direito, neste sentido normativista, é o conjunto de leis, princípios e regras jurídicas elaboradas pelo poder estatal, que expressam proposições de *dever-ser* (é obrigatório, é proibido, é permitido, é facultado, é de competência de) e possuem coercitividade, pois, no caso de descumprimento, o Estado poderá impor uma sanção, uma penalidade. Isto quer dizer que o cumprimento da norma jurídica independe da vontade do destinatário, ela é obrigatória.

Os procedimentos regulados de produção da norma jurídica e a coercitividade materializada na aplicação da sanção estatal são condições que distinguem as normas jurídicas de outras normas sociais, oriundas de outros sistemas de *dever-ser*, como a religião e a moral.

As normas religiosas e morais também expressam condutas obrigatórias para aqueles que, livremente, por um ato de escolha, submetem-se a tais normatividades. Neste sentido, o cumprimento das normas morais e religiosas dependem da concordância do sujeito destinatário, enquanto que a normatividade jurídica estatal é obrigatória e o seu não-cumprimento implica numa sanção.

Na dimensão normativa, o direito moderno se exprime através de documentos jurídicos estatais como a Constituição, leis, decretos, regimentos normativos, medidas provisórias, regulamentos internos, portarias, dentre outros. Todos eles possuem uma posição determinada dentro da hierarquia normativa do sistema legal. A Constituição é norma fundamental, hierarquicamente superior.

Por outro lado, numa dimensão material, o direito também pode ser entendido como conjunto de práticas sociais reiteradas e organizações (instituições), públicas ou privadas, oficiais ou não, que regulam a sociedade e, por vezes, entram em conflito com as normas jurídicas expressas em documentos jurídicos formais.

E, ainda, tendo como base o conceito de José Reinaldo de Lima Lopes (2011), o direito é conhecimento e, enquanto saber, expressa também os fundamentos da racionalidade jurídica que predomina nas instituições e modulam a produção das normas e as decisões jurídicas.

A literatura jurídica classifica o direito como uma ciência social (e não da natureza) e também uma ciência normativa.

O carácter normativo da ciência do direito vem da pretensão desta ciência de influenciar comportamentos, de atuar na realidade para que ela funcione de acordo com valores e objetivos escolhidos pela normatividade dominante.

A construção desses valores e objetivos realiza-se por meio de uma disputa intensa entre os diversos atores sociais, gerando certos conflitos que podem ser solucionados pelo direito, através das instituições reconhecidas pela sociedade como instâncias decisórias legítimas.

Neste aspecto, a ciência do direito já não se reduz mais ao estudo da norma estatal, que é o principal objeto da **dogmática jurídica**, mas também, enquanto ciência, desenvolve uma abordagem sociojurídica para compreender o conflito social que, em sua realidade, subjaz a produção e a aplicação da norma.

Assim, o direito, enquanto uma forma de regulação social, enquanto saber e práticas, produz e reproduz as relações de poder existentes na sociedade (Bourdieu, 1989), assumindo, pelo menos, três funções distintas: instrumental, política e simbólica.



Sabendo um pouco mais

Dogmática Jurídica

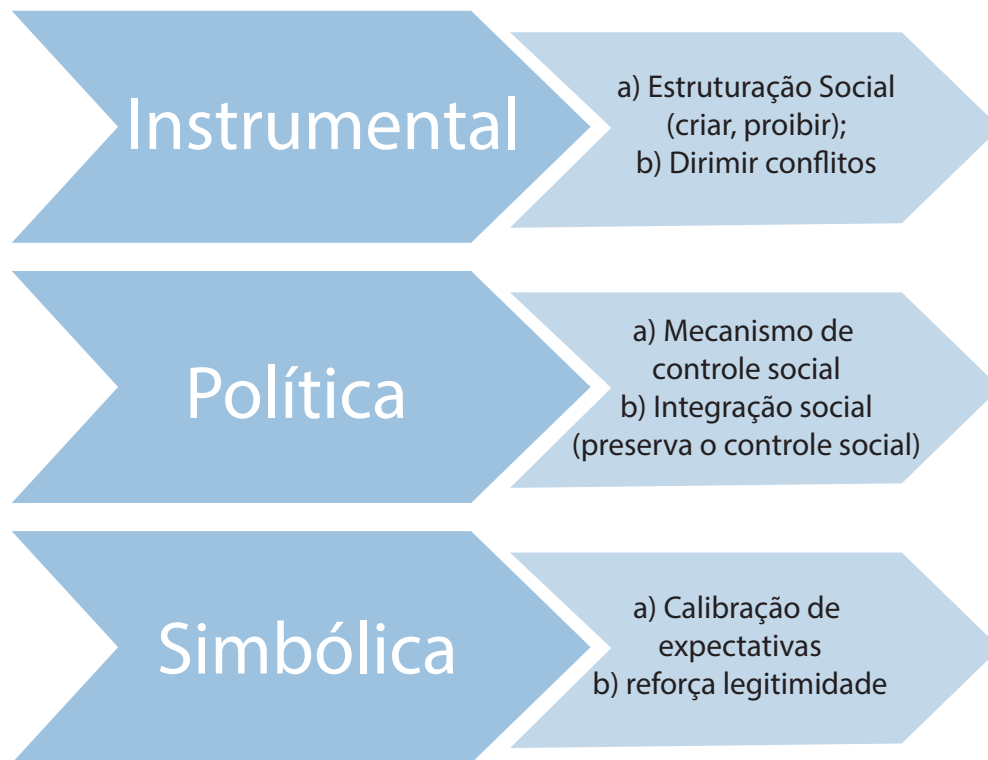
A dogmática jurídica pode ser entendida como um tipo de metodologia específica da ciência do direito aplicada, especialmente, na produção das decisões judiciais. O ordenamento jurídico, considerado pela literatura dominante como um sistema fechado e completo de normas (positivismo jurídico), oferece respostas aos conflitos submetidos à apreciação do Judiciário através de diferentes técnicas de interpretação que levam em conta a hierarquia normativa do sistema. Uma observação importante, é que esse exercício interpretativo está limitado aos próprios conceitos oferecidos pelo sistema legal, os dogmas, ficando de fora, em tese, questões de natureza política, ideológica ou de justiça social. Nesse sentido, a decidibilidade dos conflitos é o problema central da dogmática jurídica. Tércio Sampaio Ferraz Junior (2015) afirma que a ciência dogmática do direito encara o seu objeto, que é o direito posto pelo Estado, como um conjunto compacto de normas, instituições e decisões que lhe compete sistematizar, interpretar e direcionar, tendo em vista uma tarefa prática de solução de possíveis conflitos que ocorram socialmente.

1.2.1. Funções do Direito

Considerando as várias realidades que o direito exprime, podemos destacar três principais funções do direito:

1. Instrumental: própria da noção de direito como norma, ou seja, como estrutura normativa de regulação da vida social, que expressa o *dever-ser* (proibir, permitir, incentivar, promover, penalizar) e os parâmetros de decidibilidade dos conflitos sociais;
2. Política: manutenção da coesão social (estabilidade e segurança) e a possibilidade de controle social;

3. Simbólica: o direito também realiza uma função de legitimação de comportamentos, valores e visões de mundo. A norma jurídica nomeia expectativas de justiça e normalidade, oferece um padrão de comportamento da sociedade.



Em todas as funções, o direito se manifesta no bojo das relações de poder, sendo o campo jurídico constituído pela disputa sobre “o direito de dizer o direito”. Quem é a autoridade jurídica legítima para impor condutas e regular as relações sociais?

Na Modernidade, essa autoridade é o Estado, representando o poder público, a produção normativa socialmente válida e vigente.

A pluralidade das causas geradoras de uma norma jurídica nos remete ao problema das fontes do direito, isto é, ao problema de definir quem tem autoridade para criar normas jurídicas e determinar qual a hierarquia entre elas.

1.2.2. Fontes do Direito

No estudo do direito moderno, as fontes são compreendidas como a origem da normatividade jurídica vigente numa sociedade e, considerando que o Estado é a única autoridade política soberana, o problema das fontes é de identificação do que é o direito.

Tradicionalmente, a literatura jurídica distingue fontes materiais e fontes formais do direito.

As fontes materiais são as circunstâncias fáticas que determinam a elaboração de certa norma jurídica, ou seja, fatos políticos, econômicos, sociais e culturais que geram a necessidade de uma regulação num determinado ramo da vida social.

As fontes formais são o centro de posituação da norma, é o momento propriamente jurídico de produção do direito, é quando a norma se materializa mediante o exercício do poder normativo do Estado e através de procedimento previamente determinado.

Na modernidade, apenas o Estado tem autoridade para criar normas jurídicas, seja através do processo legislativo, que cria leis, ou do poder normativo de outros órgãos seus como o Executivo, por exemplo, que é competente para editar decretos e regulamentos normativos de lei.

Lei, em sentido material e acepção lata, constitui-se toda regra de direito, de caráter geral, abstrata, impessoal, obrigatória, oriunda de autoridade competente e expressa em fórmula escrita (Ferraz Jr, 2015).

Em sentido estrito, a lei é norma jurídica geral, abstrata, impessoal, obrigatória, emanada do Poder Legislativo, sancionada e promulgada pelo Chefe do Poder Executivo, ou seja, positivada mediante rito institucional determinado por uma norma superior, como a Constituição. A Constituição é norma fundamental e superior do sistema legal.

O debate sobre as fontes do direito é dos mais relevantes para a ciência jurídica, pois representa uma disputa de poder (autoridade) sobre o “direito de dizer o direito” (Bourdieu, 1989). E, mais ainda, é importante para a prática, pois implica em problemas concretos a serem vivenciados por aqueles que operam o direito.

Para um melhor entendimento sobre as fontes, vamos utilizar como exemplo o direito do trabalho. Vejamos, a partir dos ensinamentos de Maurício Godinho Delgado (2016), as fontes materiais e formais do ramo justralhista.

Fontes Materiais:

Fatores da realidade que influenciam na construção das normas trabalhistas, ou seja, elementos fáticos do conflito social que geram necessidade de certa regulação jurídica das relações de trabalho.

- **Fontes econômicas:**

O modo capitalista de produção que, ao longo da modernidade, consolida-se como forma hegemônica de relações econômicas, baseado no modelo da grande

indústria ou da empresa, com maciça utilização da força de trabalho assalariada (moldes empregatícios). Conflito entre capital e trabalho.

- **Fontes sociológicas:**

São os distintos modos e processos de organização coletiva dos trabalhadores assalariados frente sistema econômico capitalista (ação coletiva), por exemplo, por intermédio dos sindicatos, dando ênfase à dimensão social do conflito entre capital e trabalho. O modelo da grande indústria e a formação das cidades industriais-operárias contribuíram para desenvolvimento das formas associativas e organizativas dos trabalhadores para uma ação de intervenção no sistema econômico. A produção do direito do trabalho é um dos mecanismos de intervenção, seja através da ação do Estado, seja através dos sindicatos.

- **Fontes políticas:**

São os atores coletivos ou movimentos sociais propriamente ditos. O movimento sindical, que atua mais no âmbito das empresas e do mercado. Os partidos políticos operários, que atuam mais amplamente no interior do sistema político e na sociedade civil.

- **Fontes filosóficas:**

São as teorias que disputam e influenciam na construção dos valores e interesses que fundamentam a produção das normas trabalhistas. O pensamento socialista, do final do século XIX, veio contrapor-se à hegemonia do ideário liberal, mediante uma crítica severa ao modo de produção capitalista e reivindicando a regulação das relações trabalhistas e dos contratos de trabalho. A intervenção normativa nos contratos de trabalho pode ser feita por meio de regras autônomas, produzidas por negociações coletivas, ou de regras heterônomas, produzidas pelo poder normativo do Estado.

Fontes Formais:

Formas pelas quais o direito se materializa. São os centros de positivação da norma.

- **Fontes formais autônomas:**

envolve a participação dos interessados, ou seja, originárias dos segmentos e organizações da sociedade civil, como os instrumentos da negociação coletiva privada, a Convenção Coletiva e o Acordo Coletivo. As fontes formais autônomas expressam o autodisciplinamento das condições de trabalho.

- **Fontes formais heterônomas:**

Regras produzidas por uma autoridade diferente das partes que constituem o conflito. As fontes heterônomas são propriamente as normas de origem estatal,

como: Constituição Federal de 1988 e as emendas constitucionais, leis (leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas), medidas provisórias, resoluções, regulamentos normativos expedidos por decreto pelo Presidente criando regras específicas para operacionalizar o que a lei determina, bem como os tratados e convenções internacionais e seus atos de adesão interna.

Enquanto sistema, o ordenamento jurídico possui uma hierarquia e, por isso, prevê procedimentos específicos de elaboração e interpretação da norma.

No sistema legal brasileiro, a Constituição Federal de 1988 é a norma fundamental e superior, que estabelece o processo legislativo e a competência de outros poderes públicos na criação do direito, bem como serve de critério de validade e interpretação das normas infraconstitucionais, tanto para elaboração da norma, quanto na aplicação do direito ao caso concreto.

A legislação ordinária não pode violar os preceitos constitucionais, sob pena de não ser considerada válida para adentrar no ordenamento jurídico (controle de constitucionalidade).



Sabendo um pouco mais

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Conforme nos ensina Barroso (2015), a primeira característica distintiva das normas constitucionais é a sua posição no sistema: desfrutam de superioridade jurídica em relação a todas as demais normas. A supremacia constitucional é o postulado sobre o qual se assenta todo o constitucionalismo contemporâneo, sobre o qual trataremos na Unidade III. Dele decorre que nenhuma lei, ato normativo ou qualquer outro ato jurídico não poderá subsistir se for incompatível com a Constituição. O controle de constitucionalidade e a interpretação conforme a Constituição são mecanismos jurídicos criados para assegurar a supremacia constitucional, consagrada desde a Revolução Americana, em 1776. A norma constitucional é parâmetro de validade e o vetor interpretativo de todas as normas do sistema jurídico. No Brasil, o controle de constitucionalidade pode ser realizado em dois momentos, antes ou depois da aprovação da lei, assim como pode ser realizado sobre a lei em tese ou no bojo da decisão judicial no caso concreto. Todos os poderes públicos

podem realizar o controle de constitucionalidade (Legislativo, Executivo e Judiciário). O Legislativo e Executivo fazem o controle preventivo, impeditivo que um ato legislativo inconstitucional venha a ser aprovado. O Judiciário realiza o controle repressivo, buscando a retirada da norma inconstitucional do ordenamento jurídico, e o faz de dois modos. Um deles é o controle direto realizado mediante apreciação de ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (ADINs). O segundo modo é pela via incidental, denominado controle difuso, através do qual o Judiciário, no momento da decisão judicial proferida no caso concreto, declara e afasta a aplicação da norma inconstitucional.

1.2.3. Direito Público e Privado

Para finalizarmos nossa Unidade I, apresentaremos a seguir uma classificação muito utilizada pela literatura jurídica para explicar o mundo do direito, que parte da visão moderna de separação das esferas pública e privada.

Na Modernidade, a esfera pública é o lugar de excelência do Estado e conforma relações de interesse público entre os diversos atores. Por outro lado, em razão da moralidade liberal-individual que se consolida com a ascensão da classe burguesa capitalista, a esfera privada ganha grande relevância nesse período.

A esfera privada se torna o espaço do indivíduo, de sua intimidade, do exercício de sua autonomia da vontade, é uma esfera de liberdade na qual o Estado não deve intervir. No Estado Liberal, a separação entre esfera pública e privada é profunda.

Nosso interesse na dicotomia é meramente didático e representa uma tipologia clássica do direito para explicar relações jurídicas, considerando três critérios: 1. Os sujeitos da relação; 2. O objeto da relação jurídica e 3. A natureza.

Em função dos sujeitos da relação jurídica, será de direito público se houver a participação do Estado ou outra pessoa jurídica de direito público. Sendo as partes da relação jurídica particulares (pessoas físicas e/ou jurídicas), a regulação jurídica é de natureza privada.

Exemplos de situações reguladas pelo direito privado: Contrato de compra e venda de bem imóvel entre duas pessoas físicas. Contrato de financiamento de carro entre um indivíduo e o banco.

Exemplos de situações reguladas pelo direito público: Desapropriação de bem imóvel pelo Estado mediante o pagamento de indenização ao particular para construção de uma

escola. Convênio entre a União e emissora pública de TV para produção de programas educativos. Criminalização da conduta de dirigir sob efeito de bebidas alcoólicas.

Quanto ao objeto da relação jurídica, deve-se levar em conta o tipo de interesse que a norma visa proteger. Se a norma visa a proteção de um bem coletivo, de interesse geral, estará no âmbito das normas de direito público. Por outro lado, se a norma regula condutas de interesses predominantemente privados, como a aquisição de um imóvel por pessoa física ou a sucessão dos bens em caso de morte dos pais ou do cônjuge, esta relação será de direito privado. Por fim, quanto à natureza da relação jurídica, depende de como articulam-se as posições dos sujeitos na relação.

Quando os sujeitos se articulam em termos de igualdade jurídica e coordenação, como num contrato de compra e venda de bem imóvel, no qual as partes estão em condições de igualdade e no exercício da autonomia da vontade de ambos, comprador e vendedor. Neste caso, as normas que regulam tal situação são de direito privado.

Por outro lado, quando há uma articulação de posições em função da subordinação de uma parte ao poder da outra, sendo esta superior, como no caso da cobrança de impostos ou da desapropriação de imóveis pelo Estado. Nestes casos, o particular é obrigado a pagar o imposto e receber a indenização por conta da desapropriação de seu bem imóvel, ou seja, o particular se sujeita às imposições do Estado independentemente de sua vontade. Tais normas são de direito público.

Em função dos critérios apresentados, tradicionalmente, são considerados ramos do direito público:

- **Direito Constitucional;**
- **Direito Administrativo;**
- **Direito Tributário;**
- **Direito Processual;**
- **Direito Penal;**
- **Direito Internacional Público**

São considerados ramos do direito privado, não sem divergências:

- **Direito Civil;**
- **Direito do Consumidor;**
- **Direito do Trabalho;**
- **Direito Internacional Privado**

Uma série de outros sub-ramos do direito ficam de fora desta classificação tradicional e expressam toda a complexidade jurídica que a classificação dicotômica em público e privado não consegue explicar. Exemplos, direito ambiental, direito de propriedade intelectual, direito previdenciário, direito digital, dentre outros.

1.3. Objetivos de Aprendizagem:

1. Compreender que o direito expressa realidades múltiplas e está relacionado ao exercício do poder na sociedade.
2. Diferenciar as normas jurídicas de outras normas sociais.
3. Compreender que o direito enquanto ordenamento jurídico está estruturado hierarquicamente, bem como identificar as fontes do direito.

UNIDADE II – TEORIA GERAL DO ESTADO

2.1. Formação do Estado Moderno: Etapas Históricas.

É importante ressaltar que o objetivo maior desta unidade é contextualizar historicamente as relações entre Estado, direito e sociedade, que se expressam nas instituições que regulam a vida social contemporânea.

A realidade atual se conforma no bojo do período histórico moderno, cujo recorte temporal adotaremos o período que vai do século XVI ao XX, e como recorte espacial, o continente europeu em movimento de expansão para o mundo, notadamente, para as américas, onde o Brasil se localiza.

Considerando os aspectos político-institucionais, socioeconômicos e culturais, podemos identificar como marcos históricos da modernidade os seguintes:

1. **Político-institucional:** formação dos Estados-nação como modelo de organização social e política dos Estados europeus.
2. **Socioeconômico:** colonização das Américas, expansão comercial ultramar e o desenvolvimento do modo de produção capitalista.
3. **Cultural:** desenvolvimento da moral burguesa liberal-individual.

Para fins didáticos, dividimos a modernidade em três principais períodos históricos, tendo como foco destacar as principais características do Estado e do direito na Europa, especialmente em países como França, Alemanha, Portugal e Espanha, e, fora da Europa, nos EUA, que influenciaram na formação política e no ordenamento jurídico brasileiros.

Não temos como compreender o mundo do direito sem estudar o Estado Moderno.

- Primeira etapa (séc. XVI ao XVIII): marcada pelo Estado Absolutista.
- Segunda etapa (séc XVIII e XIX): Estado liberal (de direito).
- Terceira etapa (séc XX): Estado totalitário, Estado de Bem-estar social e Estado democrático de direito.

2.1.1. Primeira Etapa (séc. XV ao XVIII)

O primeiro período da modernidade é marcado pelo processo de superação do modo de vida feudal, que se estabeleceu na Europa durante a Idade Média, e culminou na formação dos Estados-nação como a forma de organização social e política que se faz presente até os dias atuais.

A primeira forma do Estado-nação foi o Estado Absolutista, que representou a centralização do poder político, isto é, a unidade política tão ausente no contexto medieval anterior.

Uma das características marcantes do período medieval foi o “vazio” político gerado pela estrutura econômica e social da época, constituída de pequenos produtores individuais submetidos ao poder de senhores feudais latifundiários que, em troca de terra e proteção militar, impunham suas leis e seus costumes àqueles que viviam sob seus domínios.

No sistema feudal vigorava a força de costumes locais, os pactos de submissão entre senhores e famílias produtoras, e o princípio da pessoalidade das leis como mecanismos de organização da vida social, promovendo um estado de intensas e violentas disputas pelo poder. Havia, assim, uma pluralidade de poderes e de ordens jurídicas em vigor e em disputa na Europa durante a Idade Média. A Igreja Católica se consolidou como instituição mais forte do período, porém foi incapaz de garantir suficiente estabilidade social e política.



Sabendo um pouco mais

DIREITO CANÔNICO MEDIEVAL

A Igreja Católica, no período da Baixa Idade Média (séculos XI-XV), torna-se uma instituição organizada racionalmente, com independência política em relação aos senhores feudais e monarcas, com os quais vivia em intensas disputas de poder. A Igreja conseguiu, após as Reformas do Papa Gregório VII, organizar-se burocraticamente através da definição de competências internas e da fixação de uma hierarquia institucional rígida. Com a reestruturação da Igreja Católica, esta passa a exercer o poder religioso e jurisdicional sobre seus seguidores. A jurisdição eclesiástica dava ao Papa (autoridade suprema) a função de governar segundo critérios legais, ou seja, de julgar em razão das pessoas (julgar os católicos) e em razão da matéria (certos temas como casamento, traição, sucessão, etc.). Assim, a Igreja produziu o direito canônico e o processo canônico, tendo instituído, por exemplo, o Tribunal de Inquisição, que perdurou até a modernidade. Os cânones eram regras jurídico-sagradas que determinam de que modo devem ser interpretados e resolvidos os vários litígios; eram as verdades reveladas por um ser superior e onipotente, eram os desígnios de Deus transformados em regras a serem seguidas sem questionamento pelos homens. O processo canônico era conduzido por membros dedicados exclusivamente ao estudo do direito romano e canônico, e tinha uma perspectiva investigativa e inquisitorial. Wolkmer (2008) e Lopes (2011) enfatizam a influência do direito canônico sobre a construção do direito moderno. Explicam que houve uma construção dogmática do direito canônico na medida que este se faz como um discurso que legitima a imposição de uma verdade inquestionável (divina), pela qual se pune comportamentos desviantes (heréticos) com aplicação de penas, como excomunhão ou penitência. Outras características do direito moderno vieram do direito canônico, por exemplo, a profissionalização da carreira jurídica através da formação nas universidades (final da Idade Média), a teorização da superioridade da lei escrita sobre a oralidade e os costumes, bem como a estruturação das jurisdições (tribunais leigos, tribunais civis, tribunais reais). A Igreja Católica também participou ativamente dos Tratados de Paz de Westfália que, no século XVII, fixaram territórios dos Estados europeus, representando o conjunto de documentos e atos que fundam o moderno Estado-nação, enquanto forma de organização política baseada nos princípios da soberania, território e povo.

O Estado-nação rompe com a forma de organização feudal, pois estrutura-se a partir de três elementos essenciais: 1. a noção de soberania política da autoridade governante, ou seja, o governante (monarca) como único centro de poder legítimo a impor suas decisões e sua jurisdição; 2. a ideia de território, com demarcação de fronteiras dentro das quais o poder político é exercido; 3. a noção de povo, enquanto grupos e indivíduos que são governados.

A primeira fase do Estado moderno foi marcada pelo modelo de Estado Absolutista, no qual todo poder político soberano passou a estar concentrado na figura do rei ou do príncipe.

O poder político era determinado por privilégios divinos da nobreza, vigendo assim o princípio da desigualdade entre os distintos grupos de indivíduos (sociedade estamental), o que deixava de fora das decisões públicas toda a classe burguesa comerciante, detentora de grande força econômica.

No final do século XVII, os contornos do Estados nacionais estavam traçados no continente europeu. Do ponto de vista jurídico, o Estado surge quando são reunidos os seus elementos essenciais: o povo, o território e o governo soberano. A finalidade do Estado também compõe os seus elementos essenciais, pois toda organização política tem um fim a ser alcançado.



Sabendo um pouco mais

CONTRATUALISMO

Norberto Bobbio (1998) explica que, em sentido muito amplo, o Contratualismo representa todas aquelas teorias políticas que compreendem a origem da sociedade e o fundamento do poder político (o *potestas, imperium*, o Governo, soberania, Estado) como um contrato, isto é, um acordo tácito ou expresso entre a maioria dos indivíduos que assinalaria o fim do estado natural e o início do estado social e político. Num sentido mais restrito, por tal termo se entende uma escola que floresceu na Europa entre os começos do século XVII e os fins do XVIII e teve seus máximos expoentes em J. Althusius (1557-1638), T. Hobbes (1588-1679), B. Spinoza (1632-1677), S. Pufendorf (1632-1694), J. Locke (1632-1704), J.-J. Rousseau (1712-1778), I. Kant (1724-1804). Um dos elementos essenciais da estrutura da doutrina contratualista é o estado

de natureza, que seria justamente aquela condição da qual o homem teria saído, ao associar-se, mediante um pacto, com os outros homens. Essa ideia do estado de natureza é tratada de forma divergente entre os contratualistas. O estado de natureza é uma hipótese teórica definida negativamente, em relação ao que não é o estado de civilização, este governado pelo Estado. Hobbes e Spinoza entendem o estado de natureza como estado de guerra de todos contra todos, enquanto que para outros como Pufendorf e Locke, o estado de natureza é de paz precária e, para Rousseau, é o estado de felicidade.

2.1.1.1. Elementos Essenciais do Estado

A. Soberania

Miguel Reale (2010) conceitua a soberania como “o poder de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência”.

O poder soberano representa o monopólio de uso da violência legítima pelo Estado, ou seja, a inexistência de qualquer outra autoridade capaz de impor coercitivamente suas normas e suas formas de solução de conflitos. A normatividade estatal é a única que passa a ser válida para regular a sociedade.

A soberania não é expressão apenas de um poder de fato, embora não seja totalmente submetida à regulação jurídica, podendo impor-se pela força, mas encontra limites na exigência de não contrariar “fins éticos de convivência”, está limitada pela noção de bem comum.

A soberania manifesta-se internamente, representando a superioridade da autoridade política e jurídica do Estado sobre seus cidadãos, não havendo qualquer outra autoridade legítima no mesmo território nacional para impor suas decisões.

O poder soberano se manifesta também externamente, frente a outros Estados nacionais soberanos, significando independência.

Internamente, a soberania implica no monopólio estatal do uso de uma violência considerada legítima, bem como do poder de dizer o direito, por meio da criação da normas e da jurisdição (aplicação do direito).

B. Território

A noção de território como elemento essencial do Estado somente aparece no Estado Moderno, embora não queira isto dizer que as formas de organização social e políticas

anteriores fossem desprovidas de território, mas este não era um componente necessário do exercício do poder.

A afirmação da soberania sobre determinado território implica no reconhecimento de que o poder será exercido dentro daqueles limites de espaço, não pode expandir sobre territórios distintos. Essa condição do território de limitação espacial do exercício do poder foi necessária para assegurar sua eficácia e a estabilidade e a segurança necessárias ao desenvolvimento social.

O território é o espaço ao qual se circunscreve a validade jurídica da ordem estatal.

C. Povo

Termo de difícil conceituação, pois eivado de grande carga emocional e utilizado como correlato de muitos outros termos como nação, população, etc.

É o elemento pessoal necessário para a constituição e existência do Estado, são as pessoas ou os cidadãos que integram uma unidade submetida a uma autoridade comum.

De acordo com Dalmo Dallari (2012), é o conjunto dos indivíduos que se unem para constituir o Estado, estabelecendo com este vínculo jurídico de caráter permanente, participando da formação da vontade do Estado e do exercício do poder soberano.

As pessoas que constituem o Estado são sujeitos de direitos e, ao mesmo tempo, objetos do poder soberano do Estado, submetendo-se ao seu monopólio para determinar qual é a normatividade social válida e vigente.

Atualmente, estes elementos essenciais ainda estruturam os Estados contemporâneos, mas estão sendo cada vez mais confrontados por um processo intenso de globalização, afetando sobremaneira o poder soberano dos Estados frente a existência de outros centros decisórios de natureza privada (como OMC, FMI, Banco Mundial, etc.), com poder de regular situações, por exemplo, as regras do mercado internacional.

Neste momento da disciplina, estamos buscando situar o Estado Moderno numa perspectiva histórica que demonstre sua relação simbiótica com o direito e as instituições que estamos estudando. Assim, o conceito jurídico de Estado Moderno explica-o como “ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”.

A noção de soberania popular somente se consolida na segunda fase do Estado Moderno, quando as Revoluções Americana e Francesa introduzem o elemento jurídico da igualdade de todos os indivíduos submetidos ao Estado.

Ainda na primeira fase da modernidade, alguns Estados nacionais europeus, como Portugal e Espanha, avançavam agressivamente com a colonização das Américas, já tendo, a essa altura, consolidado o modelo exploratório e escravista de trabalho nas colônias, com escoamento das riquezas para a metrópole. Essa produção ultramar, concentrada no fornecimento de matéria-prima ou produtos manufaturados, garantiu recursos e insumos para industrialização de países europeus, contribuindo para o fortalecimento do capitalismo.

Infelizmente, no espaço desta disciplina, não teremos oportunidade de aprofundar a perspectiva histórica de alguns teóricos latino-americanos sobre a Modernidade, que destaca o colonialismo europeu sobre as américas como parte da modernidade eurocentrada, exercendo papel fundamental no sistema capitalista de produção.



Sabendo um pouco mais

ESTUDOS DECOLONIAIS

Luciana Ballestrin (2013) explica que, a partir da década de 1980, começaram a surgir teorias, especialmente na área literária e dos estudos culturais, em universidades americanas e inglesas, focadas em compreender as situações de opressão oriundas das relações coloniais estabelecidas pela Europa com as américas, a ásia e África, ao longo da modernidade. São os estudos pós-coloniais, dentro dos quais há uma variedade de teorias, abordagens e enfoques. No bojo dos estudos pós-coloniais o que mais nos interessa são as teorias descoloniais ou de-coloniais, formuladas por intelectuais latino-americanos situados em diversas universidades das Américas. Referimo-nos ao Grupo de Estudos Modernidade/Colonialidade, composto por intelectuais latino-americanos e americanistas, como Enrique Dussel (2005), Aníbal Quijano, (2005). Nelson Maldonado Torres (2008), Ramon Grosfoguel (2012), e Catherine Walsh, (2010). Esse coletivo realizou um movimento epistemológico fundamental para a renovação crítica das ciências sociais na América Latina no século XXI, num esforço para tornar visível uma perspectiva própria e local sobre o processo histórico de formação da América Latina e do capitalismo moderno/

colonial eurocentrado. Tal proposta teórica ressalta o elemento colonial da modernidade e a ideia de raça como eixo fundamental do padrão mundial de poder capitalista. Ambas categorias – colonialismo e raça – tendem a ser ignoradas ou diminuídas, mesmo pela melhor crítica europeia à modernidade como, por exemplo, dos teóricos da Escola de Frankfurt (Mignolo, 2008). Os autores das teorias decoloniais entendem que, mesmo com o fim do colonialismo, houve a permanência das estruturas de poder colonial, situação esta explicada pelo conceito de colonialidade. Quijano (2005) denomina de colonialidade do poder a forma como, na contemporaneidade, “o trabalho, o conhecimento, a autoridade e as relações intersubjetivas se articulam entre si através do mercado capitalista mundial e da ideia de raça”. Mesmo com o fim do colonialismo, persiste no interior dos Estados independentes, as estruturas coloniais de dominação, especialmente simbólicas (representação cultural hegemônica e de um modo de saber que afirma a universalidade da experiência europeia), disfarçadas por relações de poder e por estratégias discursivas apresentadas como neutras e universalistas.

2.1.2. Segunda Etapa (séc. XVIII e XIX)

Pontuamos a segunda fase do Estado Moderno a partir das Revoluções Americana e Francesa, no final do século XVIII. Esses eventos incrementam o modelo do Estado-nação, introduzindo a noção de igualdade e liberdade como direitos naturais, e derrubando, os regimes absolutista, na França, e colonial nos Estados Unidos da América.

A partir de contextos sociais diferentes, ambos os processos de mudança social implicaram na composição do Estado liberal constitucional, fundado na afirmação do indivíduo frente ao Estado e, portanto, da necessidade de limitação do exercício do poder político em razão de direitos naturais dos seres humanos. Consolida-se a moral liberal-individual burguesa.

Ambos eventos históricos culminaram em declarações formais de direitos individuais, especialmente liberdade, igualdade e propriedade, e inserindo-os, posteriormente, nas primeiras Constituições fundadoras dos novos Estados.

A proclamação dos direitos de liberdade e de igualdade de “todos” os indivíduos foi uma mudança radical nos fundamentos da legitimidade política, pois desloca a titularidade da soberania para o povo, retirando-a do monarca absoluto.

Contudo, o rompimento com uma ordem desigual dos regimes absolutista francês e colonial americano, não se fez em favor de todo o povo do Estado, mas sim da classe burguesa que, desde o final da Idade Média, acumulava grandes fortunas mercantis e consolidava-se como classe da liberdade pessoal, mas que não gozava de segurança e liberdade suficientes para o desenvolvimento dos seus negócios.

O Professor Fábio Konder Comparato (2006) ao tratar da democracia moderna, explica que as noções jurídicas de liberdade e igualdade, numa perspectiva jusnaturalista, exigia necessariamente a limitação do poder do Estado e, ao mesmo tempo, a ampliação da participação na construção da vontade pública, no exercício do poder político.

A combinação da liberdade e igualdade enquanto direitos e, assim, como fundamentos da ordem política, foi a fórmula política encontrada pela burguesia para extinguir, no caso francês, antigos privilégios do clero e da nobreza e tornar o governo responsável pela classe. No caso americano, para afastar o poder imperial que, cada vez mais, acirrava a cobrança de impostos das colônias, contrariando os princípios fundadores da nação americana, e declarar a independência.

As revoluções não foram, portanto, a defesa do povo pobre contra a minoria rica, como destaca Comparato (2006), mas sim a defesa dos proprietários ricos contra um regime de privilégios estamentais e de governos irresponsáveis.

A democracia moderna surgiu como movimento de limitação geral dos poderes governamentais e as instituições do Estado Liberal foram os meios pelos quais se buscou realizar tais objetivos.

Para a nossa disciplina, é importante que o aluno compreenda esta segunda fase do Estado moderno, agora liberal, como momento em que a ação do Estado passa a ser regulada pelo Direito, de modo a garantir a liberdade dos indivíduos/burgueses e a participação na construção da vontade política.

Como vimos na Unidade I, a lei, em sentido estrito, é norma jurídica geral, abstrata, impessoal, obrigatória, emanada do Poder Legislativo, sancionada e promulgada pelo Chefe do Poder Executivo, ou seja, positivada mediante rito institucional determinado por uma norma superior, como a Constituição.

A principal característica do Estado moderno de direito é a relevância dada a lei produzida pelo Estado, sendo a lei para todos.

A Constituição passa a ser o documento jurídico mais importante, pois organiza os poderes públicos por meio da separação de suas principais funções, a de legislar, administrar e resolver conflitos (julgar).

O constitucionalismo e a teoria da separação dos poderes são típicas da segunda fase do Estado Moderno.



Curiosidade

A primeira Constituição moderna, que foi a Americana, promulgada em 1787, funda os Estados Unidos da América, como uma Federação, presidencialista e bicameral (Poder Legislativo composto pelo Senado e pela Câmara dos Representantes). No artigo I, o documento estabelece os poderes do Estado, começando pelo legislativo, estabelecendo procedimentos sobre as eleições, o funcionamento do Congresso, sobre o processo legislativo, tributação, direitos e garantias individuais. Nos artigos seguintes trata dos poderes Executivo e Judiciário, sendo uma Constituição bastante enxuta, se comparada à brasileira. Para acesso ao texto da Constituição dos Estados Unidos da América, acesse:

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>

2.1.2.1. Poder e Funções do Estado

Há textos históricos desde Aristóteles, na Grécia antiga, com referências à separação dos poderes ou das funções do Estado.

Na concepção moderna, aquela que nos interessa, a teoria é sistematizada a partir do debate sobre o papel do Estado na vida social, no bojo do Estado liberal que se formava.

Nesse sentido, a teoria da separação de poderes surge como resistência às formas absolutas de poder que existiam na Europa no século XVIII, com o intuito de garantir a liberdade do indivíduo e diminuir/enfraquecer o poder do Estado.

Alguns autores falam em divisão de poderes, mas, conforme explica Dalmo Dallari (2012), o poder do Estado é uno e indivisível, podendo-se falar de desconcentração de poder ou separação de poderes ou ainda de distribuição de funções.

No Estado moderno, o poder também deve ser exercido com o propósito único de assegurar os direitos e interesses do povo.

Essa finalidade principal é alcançada por meio da ação efetiva do Estado que organiza a sua atividade em três funções: a função de fazer as leis, a de julgar os conflitos e a de realizar a Administração Pública.

Por essa razão é que hoje grande parte dos países têm os chamados três poderes. O primeiro, o Poder Legislativo: é o que se encarrega de elaborar as leis em conformidade com o que os representantes do povo desejam. O segundo, o Poder Judiciário é o que aplica normas para julgar/decidir os conflitos. O terceiro, o Poder Executivo, cuja função não é simplesmente executar as leis. A sua função é, na verdade, tomar conta de uma importante atividade do Estado: a administração pública.

Para melhor adaptação, a teoria da separação dos poderes englobou a construção teórica denominada de “sistema de freios e contrapesos”, segundo à qual os diferentes poderes públicos possuem funções típicas e atípicas, de acordo com suas competências constitucionais.

Na função típica do Legislativo, o Estado produz normas jurídicas de caráter geral, abstrato e impessoal, obrigando a todos os cidadãos (atos gerais). Apenas o Legislativo é competente para realização dos atos gerais, como a produção da lei.

Por outro lado, o Poder Executivo realiza atos especiais no cumprimento de suas obrigações estabelecidas por lei, para fazer cumprir a norma posta pelo legislativo. Esta é a sua função típica.

E, no caso de usurpação do poder, há o Poder Judiciário para fiscalizar e decidir sobre os conflitos de competência.

Nota-se que o sistema de freios e contrapesos implica numa regra de equilíbrio e harmonia dos poderes públicos no exercício de suas funções típicas e atípicas.

Como funções atípicas podemos exemplificar o Tribunal de Contas como órgão julgador do Poder Legislativo sobre as contas do Poder Executivo. Ainda, o Poder Executivo no exercício de seu poder normativo de criar normas/regras jurídicas através de decretos

e regulamentos normativos. Ou, ainda, quando atua como instância decisórias em processos administrativos.

Dalmo Dallari (2012) critica a rigidez e o idealismo da teoria da separação dos poderes. Afirma que, na prática das instituições políticas, a efetiva separação das funções públicas, por si só, não garante mais liberdade individual, tampouco condições mais democráticas, pois, em muitos países que se organizam formalmente como Estados democráticos de direito, há muitas ocorrências em sentido contrário. Por exemplo, de poderes legislativos sem representatividade, de superpoder do Executivo, de um Legislativo dependente do Executivo, do Judiciário submetido ou superativista etc.

Neste aspecto, a segunda fase do Estado Moderno significou um processo intenso de luta pelo reconhecimento jurídico de direitos civis e políticos que, aos poucos, foram sendo incorporados nas Constituições.

Enquanto isso no Brasil, no século XVIII, estavam a todo vapor a engrenagem racial do regime escravocrata e a colonização, pois a Abolição e Independência somente acontecem no final do século XIX, quando, na Europa, já estavam a se reconhecer direitos sociais trabalhistas.

Portanto, ao passo que ferviam as ideias e teorias sobre liberdade e igualdade no centro europeu, por outro lado, nas periferias das américas e das áfricas reinava a desumanização dos vários grupos africanos e indígenas para a escravização de seus corpos em função dos interesses econômicos dos colonizadores.

A segunda fase do Estado moderno também é marcada pela luta por direitos de caráter social, como os direitos trabalhistas, oriundos dos movimentos intensos de industrialização que passou a Inglaterra e os EUA, e posteriormente outros países europeus, no final do século XIX e início do século XX.

A igualdade jurídica garantida constitucionalmente não foi suficiente para garantir a igualdade real entre os diferentes sujeitos no Estado Liberal, especialmente entre os trabalhadores assalariados e a grande indústria. Pelo legalismo estrito, trabalhadores e empresas eram considerados como contratantes iguais perante a lei, com inteira liberdade para estipular livremente as condições de trabalho, incluindo salários.

O Estado liberal significou o liberalismo econômico e político, ou seja, autorregulação do mercado, livre comércio, liberalização dos fluxos de capitais e de mão-de-obra, não intervenção estatal no domínio econômico.

O problema do estado liberal de direito, segundo Dallari, é a frieza com que o legalismo leva as autoridades a tratarem os indivíduos. Em nome da lei, crua e seca, o governante pode ser conduzido a uma perda da sensibilidade para tratar dos casos com um parâmetro que é superior a lei, que é a justiça.

O resultado de tal perspectiva legalista do liberalismo implicou na efetiva pauperização das massas proletárias ao mesmo tempo que houve um enriquecimento intenso das empresas e dos Estados.

O direito trabalhista nasce do conflito entre o capital e o trabalho. Nos EUA e na Inglaterra, as primeiras normas trabalhistas são oriundas da via negocial entre trabalhadores organizados e as empresas; especialmente para regulação da jornada de trabalho infantil e feminino. Portanto, dentro do modelo liberal, sem participação do Estado, a priori. As normas trabalhistas têm origem autônoma, são produzidas diretamente pelas partes em conflito.

A conquista de direitos de natureza coletiva foi plenamente afirmada quando do reconhecimento jurídico desses direitos nas Constituições Mexicana, de 1917, e Alemã, de 1919 (Constituição de Weimer).

O movimento socialista de final do século XIX, a partir da crítica de Karl Marx e Engels ao modo capitalista de produção, afirmou que a pauperização da classe trabalhadora é constitutiva da lógica capitalista que explora o trabalho para produção da riqueza e se apropria privadamente dos seus resultados.

Os direitos sociais vão servir de base para o modelo de Estado de Bem-estar Social, que se consolida na terceira fase da modernidade. Esse modelo estatal, ao contrário do Estala liberal, intenta uma intervenção proativa do Estado na sociedade com o objetivo de assegurar as garantias básicas aos indivíduos.

A característica mais marcante do Estado Social de Direito é que os direitos sociais passam a ser tratados como ponto central da Administração Pública.

O Estado Social de Direito se consolida na Europa após a ocorrência do Estado totalitário nazista, cuja superação promoveu o processo de internacionalização dos direitos humanos, assim entendidos os direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais.

O modelo do Estado Social de Direito ou Estado de Bem-estar Social entra em crise na segunda metade do século XX, frente a uma grande crise do sistema econômico capitalista na década de 1970, a crise do petróleo.

A crise do petróleo impactou no modelo de Estado e no modelo de organização da empresa, fazendo novas exigências. Há um processo de reestruturação produtiva para enfrentamento da crise que passa a exigir maior flexibilidade nas formas de gestão e contratação, novamente uma menor intervenção do Estado, menor protecionismo nacional, mais abertura econômica e política (decisória). Revive a ideologia liberal.

Portanto, do ponto de vista jurídico, o Estado moderno no início do século XX, em linhas gerais, é estruturado pelo direito, com plena consolidação da igualdade jurídica formal e das liberdades públicas, da organização constitucional da política e de um volume de leis e atos normativos que expressam o direito.

Além dos direitos civis (liberdades públicas), os direitos políticos e sociais também passam a ser reconhecidos juridicamente, portanto, incorporados, em diferentes graus, ao repertório normativo dos Estados europeus, provocando o agir estatal promocional.

Por exemplo, para operacionalizar direitos políticos o Estado deve garantir eleições regulares. Para promover o direito de ir e vir, o Estado deve implementar um sistema de transporte. Para promover o direito à educação, o Estado deve garantir o serviço, de forma pública ou privada.

Podemos sintetizar as características do direito moderno no início do século XX:

- estatal, centralizado, escrito, previsível e normativo;
- dogmático e autorreferenciado (sistema fechado e autônomo);
- estruturado pela igualdade jurídica formal entre sujeitos individuais (universalização e individualização dos direitos);
- reconhecimento jurídico de liberdades públicas (direito de ir e vir, liberdade de pensamento e de expressão, liberdade de associação, direito de propriedade privada individual, liberdade religiosa)
- direitos políticos (direito de voto, direito de ser eleito).
- direitos sociais (direito ao trabalho)

Enquanto isso no Brasil, o final do século XIX foi de uma mudança na organização do Estado, que fica independente e funda a Primeira República, a partir de 15 de novembro de 1889. O regime escravista somente é declarado extinto oficialmente em 13 de maio de 1888.

Importante observar que o nosso colonizador, Portugal, foi o último país da Europa a abolir a inquisição, o tráfico de escravos e o absolutismo.

Durante toda a primeira República, o governo brasileiro se viu diante do problema da identidade nacional que se queria consolidar no novo Estado independente, mas também se viu confrontado pelo “atraso” da sociedade brasileira.

Na época, entre 1890 e 1930, vigoraram na Europa as teorias racialistas ou a raciologia, elaboradas pelas ciências sociais e que foram bem recepcionadas por cientistas brasileiros como Nina Rodrigues (médico) e Oliveira Vianna (jurista e sociólogo).

Com o fundamento pseudocientífico sobre a inferioridade dos povos africanos (que reunidos e escravizados nas américas tornaram-se todos “negros”), houve uma intensa política migratória de europeus para o Brasil, tendo como objetivo o branqueamento da sociedade e, com isso, a expectativa de que o país pudesse empreender o desenvolvimento social.

Sem resultados efetivos, em 1930, com o governo Vargas, inicia uma política industrializante, com a substituição de mão-de-obra imigrante pela nacional, formada majoritariamente no Rio de Janeiro e São Paulo, em função do êxodo rural (da decadência cafeeira) e dos movimentos migratórios de nordestinos.

2.1.3. Terceira Etapa (séc. XX)

A terceira fase do Estado moderno é marcadamente caracterizada por um intenso processo de disputas culturais, de um capitalismo monopolista e imperialista, que dá início a novos movimentos de colonização pelo mundo (Comparato, 2014). Ao mesmo tempo, há o aprofundamento das teorias científicas racistas e, assim, o surgimento da ideologia nazista na Europa.

Tal cenário culminou no modelo de Estado Totalitário, do qual a Alemanha foi o maior exemplo.

O modelo do Estado totalitário, de acordo com Bittar (2005), é estruturado a partir do princípio estrita da legalidade, afastando-se dos fins públicos do bem comum, levando ao extremo o fundamento racista para explicar diferenças humanas e exterminar em massa indivíduos e grupos considerados inferiores por essas teorias racistas.

Do ponto de vista jurídico, o Estado totalitário foi um tipo de estado de direito, pois regulado por um ordenamento jurídico, organizado em instituições, operacionalizado

por agentes públicos, pelas regras para o seu funcionamento e meios para persecução dos seus próprios fins. Contudo, esses fins eram anti-humanos.

A experiência do Estado totalitário acelerou o processo de internacionalização dos direitos humanos, no sentido de afirmar a igualdade material e a solidariedade social como direitos fundamentais.

Após a Segunda Guerra Mundial, em 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Declaração Universal dos Direitos Humanos - DUDH, destinada a fornecer a base jurídica para a ação conjunta de Estados em defesa da paz mundial, com afirmação dos valores de liberdade, igualdade e fraternidade/solidariedade.

O documento representa o discurso ético-político da cultura ocidental que se consolida no século XX, o discurso dos direitos humanos, bem como institui o sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

Atualmente, o sistema de proteção dos direitos humanos, dotados de normas jurídicas e instâncias jurisdicionais, conta com as esferas internacional, representada pela ONU, regional que, no caso do Brasil, está representado pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, e o sistema nacional de cada um dos Estados-membros da ONU.



Sabendo um pouco mais

DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Direitos humanos constituem um termo de uso comum, mas não categoricamente definido. Podemos afirmar que os Direitos Humanos são o discurso ético do Ocidente, produzido na modernidade (Santos, 1997). Os direitos humanos são concebidos como parte direitos históricos, de forma a incluir reivindicações morais e políticas que, no consenso ocidental contemporâneo, todo ser humano tem ou deve ter perante sua sociedade ou governo (Comparato, 2006). Direitos humanos são reivindicações de sujeitos e grupos oprimidos socialmente que são reconhecidas como de direito e não apenas por amor, graça ou caridade (Bittar, 2004); São direitos históricos a serem, constantemente, reconhecidos pelos Estados por meio conflituoso. O conceito de direitos fundamentais, de acordo com Comparato (2006), é mais restrito, alcançando o conjunto dos direitos individuais e coletivos, civis e políticos, sociais, econômicos e culturais; reconhecidos juridicamente pela ordem internacional e nacional de um dado país.

A perspectiva dos direitos humanos, que a partir de 1948 sofre um processo intenso de internacionalização através do sistema da ONU, gerou a necessidade de reorganização jurídica dos Estados, pois a DUDH/1948 reconhece juridicamente, além dos direitos civis e políticos que constituem elementos básicos da estrutura jurídica do Estado moderno, também os direitos sociais, econômicos e culturais.

Os direitos sociais, econômicos e culturais têm natureza coletiva e exigem do Estado uma ação promocional, mais interventiva na esfera privada para regular situações de desigualdades sociais, para promover o desenvolvimento social.

O Estado passa a agir de forma a promover direitos. Neste sentido, os direitos sociais, econômicos e culturais têm por objeto políticas públicas coordenadas entre si. Ou seja, o desenvolvimento social, no sentido da elevação da qualidade de vida da população, principalmente das classes desfavorecidas, exige um programa conjunto de medidas governamentais no campo do trabalho, da saúde, de previdência social, educação e habitação popular.

A exigência de igualdade jurídica material e da solidariedade social marcam a terceira fase do Estado moderno culminando no modelo do Estado de bem-estar social e o Estado democrático de direito.

A. Estado de Bem-estar Social

O constitucionalismo moderno nasceu sob a égide do Estado Liberal, que atribuiu como única função dos órgãos públicos a manutenção da ordem e da segurança para melhor fruição das liberdades civis, bem como garantindo, periodicamente, a realização dos procedimentos eleitorais necessários à operacionalização da democracia representativa.

Os direitos sociais, econômicos e culturais, por outro lado, exigem uma programada interferência do Poder Público nas atividades privadas que, sem regulação, geram desigualdade, como o sistema econômico capitalista. Os direitos trabalhistas são o primeiro direito social reconhecido juridicamente através da luta dos trabalhadores organizados.

No Estado de Bem-estar Social os direitos sociais, econômicos e culturais realizam-se por meio de políticas públicas, que exigem uma certa atuação dos órgãos estatais para realização de justiça social, ou seja, de garantir equilíbrio e assimetria nas relações de poder, atenuando os efeitos perversos das desigualdades sociais. Houve no Estado social de direito um processo de politização da economia que provocou, por exemplo, uma forte regulamentação das relações de trabalho.

Do ponto de vista econômico, o modelo de Estado de Bem-estar Social significa o uso estatal de mecanismos de proteção social, ou seja, adoção de políticas explícitas de redistribuição de renda, baseadas em forte tributação e em expansão dos gastos sociais.

A partir da década de 1950, o crescimento do socialismo no mundo representava uma ameaça ao capitalismo, assim, alguns Estados europeus, como França, Alemanha, Portugal, Espanha, Grécia, passaram a coordenar e alocar recursos em um conjunto de políticas públicas destinadas à seguridade social, à regulação da concorrência capitalista e ao exercício pleno da cidadania. Todas destinadas a garantir um elevado padrão de vida ao conjunto da população.

A característica mais marcante do Estado Social de Direito é que os direitos sociais são deveres da Administração Pública. Esse modelo estatal intenta uma intervenção proativa na sociedade com o objetivo de assegurar as garantias básicas os indivíduos.

Essas ações foram inicialmente pensadas como alternativa ao modelo socialista, num ambiente de economia de mercado, que combinava interesses do capital e do trabalho.

Num sentido crítico, o modelo do Estado Social de Direito ou Estado de Bem-estar Social representou um pacto entre empresas, sindicatos e Estado na gestão da recuperação capitalista no pós-guerras (Antunes, 2016). Esse novo período glorioso da economia capitalista perdurou entre 1950 e 1970, quando uma nova crise econômica, agora do petróleo, afeta sobremaneira esse modelo de Estado Social de Direito.

Enquanto isso no Brasil, a partir de 1930, como vimos, houve uma mudança significativa nos rumos da organização social e política. Buscou-se superar o **regime oligárquico-liberal por meio de um** programa desenvolvimentista de ação estatal, que implicou no investimento na industrialização e regulação das relações de trabalho.

B. Estado Democrático de Direito

Conforme nos ensina Bobbio (1998), o capitalismo é uma “relação social geral”, manifestada predominantemente na esfera econômica por meio da racionalização técnico-produtiva, administrativa e científica, mas que vai além e também expressa suas formas na vida política, cultural e subjetiva dos sujeitos, num processo de racionalização da inteira conduta de vida individual e coletiva.

Esta racionalização política culminou na formação do sistema político liberal-democrático, que historicamente coexiste com o capitalismo.

Ainda segundo Bobbio (1998), algumas características distinguem o Capitalismo dos outros modos históricos de produção. São elementos constitutivos do capitalismo moderno:

1. Propriedade privada dos meios de produção, para cuja ativação é necessária a presença do trabalho assalariado formalmente livre. No trabalho assalariado, a força de trabalho é mercantilizada, utilizada como mercadoria, como componente do processo produtivo.
2. Sistema de mercado, baseado na iniciativa e na empresa privada, com objetivo de crescimento e expansão.
3. Processos de racionalização dos meios e métodos diretos e indiretos para a valorização do capital e exploração das oportunidades de mercado para efeito de lucro.
4. O uso intensivo de tecnologia (automação).

Segundo Mauricio Godinho Delgado (2016), o capitalismo pode ser entendido como um “sistema desigual de criação, circulação e apropriação de bens e riquezas, num meio social fundado na diferenciação econômica entre seus componentes e que convive com a igualdade e liberdade formais entre os indivíduos e com o reconhecimento jurídico de um patamar mínimo de convivência na realidade social”

O Estado Democrático de Direito se desenvolve no bojo do modo de produção capitalista e significa que a tomada da decisão política se realiza conforme procedimentos de participação da população e previamente estabelecidos por lei.

Ao longo de todo o século XX, a discussão em torno da democracia foi se desenvolvendo principalmente pelo confronto com as doutrinas políticas dominantes no tempo, como o liberalismo de um lado e o socialismo do outro. Neste sentido, dentre os procedimentos democráticos estão:

- 1) Existência de órgão político máximo, a quem é assinalada a função legislativa, deve ser composto de membros direta ou indiretamente eleitos pelo povo;
- 2) Junto do órgão legislativo deverá haver outras instituições com dirigentes eleitos, como os órgãos da administração local ou o chefe de Estado (tal como acontece nas repúblicas);
- 3) Todos os cidadãos que tenham atingido a maioridade, sem distinção de raça, de religião, de censo e possivelmente de sexo, devem ser eleitores;
- 4) Todos os eleitores devem ter voto igual;

- 5) Todos os eleitores devem ser livres em votar segundo sua opinião e ideologia próprias, numa disputa o mais livre possível de partidos políticos que lutam pela formação de uma representação nacional;
- 6) A liberdade de voto e de opinião significa que os sujeitos devem ser postos em condição de ter reais alternativas (o que exclui como democrática qualquer eleição de lista única ou bloqueada);
- 7) Tanto para as eleições dos representantes como para as decisões do órgão político supremo vale o princípio da maioria numérica, que podem ser estabelecidas várias formas de maioria segundo critérios de oportunidade não definidos de uma vez para sempre;
- 8) Nenhuma decisão tomada por maioria deve limitar os direitos da minoria, de um modo especial o direito de tornar-se maioria, em paridade de condições;
- 9) O órgão do governo deve gozar de confiança do parlamento ou do chefe do poder executivo, por sua vez, eleito pelo povo.

Como se pode notar, a democracia implica necessariamente na existência de procedimentos de participação popular nas decisões públicas. Por outro lado, o conteúdo dessas decisões, o projeto de poder de cada sociedade será escolhido mediante o cumprimento dos procedimentos democráticos, o que, por si só, não garante justiça social, igualdade material ou solidariedade.

Nesse sentido, pode haver um Estado Democrático de Direito de caráter liberal ou social, isso vai depender de outros interesses e disputas nos campos econômico, político e cultural de cada sociedade.

Atualmente, após a crise do Estado social de direito e com a intensificação dos processos globalizatórios a partir da década de 1980, vivemos numa sociedade fortemente informacional (e não mais industrial, como era até meados do século XX), havendo um retorno, como dissemos, do pensamento (neo) liberal e do enfraquecimento do poder do Estado diante da existência de outros centros decisórios importantes, como organismos internacionais (OMC, FMI, Banco Mundial). Houve mudanças significativas nas formas de organização da produção capitalista que implicaram em novos desafios ao Estado e ao direito na regulação da vida social.

Para concluir esta Unidade II, vamos sintetizar abaixo sobre as formas de Estado, as formas de governo e os sistemas de governo. Adotaremos a classificação de Dallari (2012).

2.1.3.1. Formas de Estado, Formas de Governo e Sistemas de Governo

Conforme a Constituição, o Brasil é uma República Federativa. Nesta afirmação, estão expostas a forma de Estado e a forma de governo do país.

As formas de Estado são a Federação e o Estado unitário.

Os Estados unitários possuem um único poder central exercido em todo o território. Os poderes públicos Legislativo, Executivo e Judiciário atuam em todo o território nacional. É o caso da França e de Portugal, no continente europeu, e do Peru, na América do Sul. Mesmo que esses países possuam uma subdivisão em municípios, distritos ou departamentos, somente a organização política central pode ser considerada politicamente autônoma.

Nos Estados federados, o poder público é repartido no território nacional entre diferentes entes políticos e diferentes níveis. Na Federação, há o poder central da União, que representa a federação (nível federal), bem como os poderes dos estados e municípios enquanto entes governamentais com autonomia política, administrativa e orçamentária (níveis estadual e municipal).

Em linhas bem gerais, ignorando todas as particularidades culturais dos diferentes governos ao redor do mundo, a Teoria Geral do Estado aponta a existência de duas principais formas de governo no Estado Moderno: a Monarquia e a República.

A monarquia é uma forma de governo que já foi adotada por muitos Estados no mundo e ao longo dos tempos, mas enfraqueceu-se no último século. Como vimos, o primeiro modelo de Estado moderno foi uma monarquia absolutista, não sujeita a limitações jurídicas. O poder era exercido de forma total pelo rei (legislativo, governo e julgamento dos conflitos). Após as revoluções burguesas do século XVIII, houve ocorrência das monarquias constitucionais, nas quais o rei continuava governando porém limitado pelas normas constitucionais.

Características gerais da monarquia:

1. Vitaliciedade: O monarca não possui mandato, pois governa enquanto viver ou tiver condições de continuar governando.

2. Hereditariedade: A adjudicação do trono se dá pela sucessão hereditária, não há eleição. Dallari (2012) registra que houve casos na história de monarquias eletivas, nas quais o monarca era escolhido pelo grupo da nobreza.

3. Irresponsabilidade: O monarca não tem responsabilidade política, não presta contas ao povo ou outro órgão político. Nas monarquias ocidentais atuais, a função principal da família monarca é representar o Estado em eventos institucionais, sem poder decisório sobre as ações de governo.

A república se opõe a monarquia, tem um sentido muito próximo de democracia, pois significou na modernidade a exigência de participação do povo no governo. As repúblicas que se instauraram durante os séculos XIX e XX foram expressão da limitação e regulação do poder dos governantes, com atribuição de responsabilidade política sobre seus atos, possibilitando o aprofundamento democrático, no sentido da construção paulatina de regras para participação popular na política (ampliação do sufrágio, eleições periódicas, instrumentos judiciais, etc.).

Características gerais das repúblicas:

1. Temporariedade: O chefe de governo exerce um mandato, com prazo de duração determinado e limitações à perpetuidade do mesmo sujeito governante no poder.

2. Eletividade: O governante é eleito pela população.

3. Responsabilidade: O chefe de governo presta contas aos cidadãos e aos órgãos de fiscalização dos seus poderes.

Por fim, uma outra classificação é tradicionalmente apresentada pela literatura, referente às relações entre o legislativo e o executivo nos diferentes Estados, detectando a ocorrência de dois sistemas: o parlamentarismo e o presidencialismo.

O parlamentarismo nasceu na Inglaterra, onde coexistem a monarquia e o sistema bipartidário, mas também ocorreu em Estados republicanos e de sistema pluripartidário, e tem como elemento central a competência do Parlamento para afixação da política de Estado.

Características gerais do parlamentarismo:

1. Distinção entre chefe de Estado e chefe de governo. O chefe de Estado é o monarca ou o Presidente da República, não possui poder de decisão política, exercendo função principal de representação do Estado. Geralmente, o chefe de Estado é eleito pelo parlamento. Por

outro lado, o chefe de governo é a figura política central no sistema parlamentarista, pois é quem exerce o poder executivo, que administra a coisa pública. O chefe de governo é escolhido pelo chefe de Estado, mas precisa de aprovação da maioria parlamentar.

2. Responsabilidade política do chefe de governo.

3. Parlamento ou parte dele é eleita diretamente pela população.

Características gerais do presidencialismo:

1. Nasceu nos Estados Unidos da América após a revolução de independência.

2. O Presidente da República é o chefe de Estado e o chefe de governo. O Presidente exerce as funções de representação do Estado, bem como a função política de decidir e administrar a coisa pública.

3. Unipessoalidade da chefia do executivo. Significa dizer que a fixação das diretrizes governamentais cabe ao Presidente da República e sua equipe, contudo, a responsabilidade pelas decisões é exclusivamente do Presidente. O vice-presidente não tem qualquer atribuição, não toma conhecimento dos assuntos de governo, apenas quando são públicos ou quando o Presidente permite.

4. O Presidente é eleito pelo povo para exercer um mandato por prazo determinado. Povo, no sentido republicano, deve significar o máximo de pessoas possível como eleitores até alcançar a toda a sociedade. Os obstáculos à participação popular devem ser eliminados, é o povo que vai escolher os seus governantes. Para concretizar um aspecto democrático, as eleições devem ser periódicas, permitindo a alternância de poder.

5. O Presidente tem o poder de veto. Para preservar o equilíbrio dos poderes, criou-se a possibilidade do Executivo intervir no Legislativo através do veto, que implica no encaminhamento ao Presidente da República dos Projetos de Lei aprovados pelo Congresso. O Presidente pode vetar um projeto ou parte dele, negando-lhe sanção.

2.2. Objetivos do Aprendizado:

1. Conceituar o Estado na modernidade

2. Perceber a relação entre as mudanças históricas do Estado e do direito na sociedade capitalista

3. Diferenciar os distintos poderes e as funções do Estado, bem como as formas de Estado e governo.

UNIDADE III – DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

3.1. Teoria da Constituição.

Conforme já exposto na Unidade II, estamos tratando aqui do contexto histórico moderno, que implica numa interação muito específica entre o Estado, o direito e a sociedade, sendo a Constituição um instrumento político-jurídico de grande relevância para organização social destes tempos.

A Constituição se consolida como documento fundante do Estado Liberal, pós-revoluções americana (1776) e francesa (1789), fincado nas ideias de limitação do poder político do Estado e da existência de direitos fundamentais.

Assim, considerando as várias teorias que estabelecem um conceito, as principais características da Constituição são:

1. A Constituição é um documento político-jurídico fundador de um Estado, sendo, portanto, condicionada historicamente pela realidade (relações de poder) que a produz, mas também sobre a qual produzirá efeitos.
2. A Constituição, no sentido jurídico de ordenar o contexto social, tem força normativa, pois, no sistema jurídico, assume posição de norma jurídica fundamental e superior que regula o modo de produção das demais normas, limitando seu conteúdo e servindo de critério de validação para todo o ordenamento jurídico.
3. Quanto ao conteúdo de suas normas, a Constituição organiza o exercício do poder político, define os direitos fundamentais, consagra valores e indica fins públicos a serem realizados.

3.1.1. Tipologia das Constituições:

Tradicionalmente a literatura jurídica, para compreender os diversos tipos de constituição, procede a uma classificação quanto à forma do documento, quanto a origem, quanto à estabilidade de seu texto e quanto ao seu conteúdo. Vejamos.

A. Quanto à forma:

1. Escritas: quando sistematizada em um único texto escrito e formal. A primeira foi a Constituição americana de 1791.
2. Não-escritas: quando contida em costumes e/ou textos legais diversos, consolidada ao longo da história. Exemplos: Inglaterra, Israel e Nova Zelândia.

B. Quanto à origem:

Este critério busca expressar o grau de legitimidade democrática que fundamenta a produção do texto constitucional.

1. Promulgadas ou democráticas: há participação popular representativa dos vários interesses sociais em disputa na assembleia constituinte. Geralmente a participação popular se dá através da eleição de representantes políticos.
2. Outorgadas: casos em que não há manifestação popular no seu processo de construção, sendo imposta pela autoridade política em exercício de fato.

C. Quanto à estabilidade do texto

Este critério tem haver com os procedimentos legislativos de alteração do texto constitucional em comparação àqueles da legislação ordinária.

1. Rígidas: quando o procedimento de modificação da Constituição é mais complexo (por exemplo, quórum qualificado) do que o procedimento estipulado para criação da legislação infraconstitucional.
2. Flexíveis: aplicam-se os mesmos procedimentos legislativos de alteração da legislação ordinária às normas constitucionais.
3. Semirrígidas: quando há as duas possibilidades de alteração. Há normas constitucionais de maior relevância que sofrem um processo legislativo mais dificultoso de modificação enquanto há outras normas constitucionais que podem ser alteradas pelo processo legislativo ordinário.

D. Quanto ao conteúdo:

1. Sintéticas: quando a Constituição se limita a traçar diretrizes gerais da organização do Estado e de sua relação com os indivíduos, numa linguagem mais aberta e principiológica. Constitucionalistas apontam que as constituições sintéticas tendem mais à estabilidade, pois mais adaptável às mudanças históricas, sem necessidade de modificações formais de seus dispositivos. Exemplo é a Constituição americana.
2. Analíticas: maior extensão e conteúdo das normas, resultando na regulação de mais temas da vida social e menor espaço de conformação dos poderes constituídos. Exemplos são a Constituição brasileira, portuguesa, espanhola e indiana.

3.1.2. Constitucionalismo Moderno:

O termo constitucionalismo é de uso recente no vocabulário político e jurídico ocidental e, conforme dito, está bastante ligado aos processos revolucionários americano e francês.

Constitucionalismo significa, principalmente, limitação do poder do Estado e supremacia da lei, ou seja, o Estado de direito, o Estado que exerce seu poder político em conformidade com as regras jurídicas estabelecidas.

De acordo com Barroso (2015), há três ordens de limitação do poder estatal:

1. Limitações materiais: oriunda dos valores e direitos fundamentais estabelecidos na constituição, como dignidade humana, justiça e solidariedade social;
2. Limitações orgânicas: os poderes e funções públicas de legislar, administrar e julgar devem ser distribuídos entre instituições distintas e independentes, mas que se controlem reciprocamente (separação dos poderes);
3. Limitações processuais: impõem aos órgãos de poder uma atuação conforme a lei e ao devido processo legal, que consagra regras de caráter procedimental (contraditório, ampla defesa, inviolabilidade de domicílio, vedação de provas obtidas por meio ilícitos) e de caráter substantivo (razoabilidade-proporcionalidade).

Com efeito, identificamos abaixo uma tipologia das normas constitucionais:

| NORMAS | | | | |
|---------------------|----------------------|--------------------------------|------------------------------|-------------------------|
| TIPO | FUNÇÃO | OBJETIVO A PRIORI | OBJETIVO A POSTERIORI | SANÇÃO |
| CONDUTA | CONTROLE | PROIBIR E PREVINIR | REPRIMIR | PENAL |
| ORGANIZAÇÃO | DIREÇÃO | PROMOVER E ESTRUTURAR | RECOMPENSAR | PENAL OU PREMIAL |
| PROCESSUAL | PROCEDIMENTAL | PRAZOS E RECURSOS | GARANTISMO | NULIDADE |
| PROGRAMÁTICA | CALIBRAÇÃO | BALIZAR AS EXPECTATIVAS | PONDERAR E ESTIMULAR | SIMBÓLICA |

3.2. O Direito Constitucional

Conforme tratado na Unidade I, o vocábulo direito é polissêmico e designa um conjunto diversificado de sentidos. Para tratar do direito constitucional, vamos privilegiar três sentidos: objetivo, subjetivo e científico.

3.2.1. O Direito Constitucional como ciência

No sentido científico, o direito constitucional desempenha um papel análogo ao das ciências em geral, contudo, sem a ambição idealista de objetividade, própria das ciências exatas, e, tampouco, de neutralidade, que faz parte da epistemologia positivista que predominou nas ciências sociais e na ciência do direito no século XX.

O direito constitucional como ciência busca coordenar saberes diversos, relacionados aos aspectos normativos da política e dos direitos fundamentais. O direito constitucional como ciência tem por objetivo formular princípios específicos de sua racionalidade, proceder a consolidação e sistematização de conhecimentos acumulados e, especialmente, produzir material teórico que permita a especulação criativa e o desenvolvimento de categorias novas a serem postas à prova de legitimidade e efetividade na vida real.

Nos ensina Barroso (2015) que, do ponto de vista epistemológico, de produção do conhecimento jurídico constitucional, a ciência do direito constitucional conjuga reflexões advindas da:

1. filosofia jurídica, moral e política (filosofia constitucional e teoria da Constituição);
2. produção teórica (doutrinária) acerca das normas e institutos jurídicos (dogmática jurídica);
3. atividade de juízes e tribunais na aplicação prática do direito (jurisprudência).

A ciência do direito constitucional utiliza como ferramentas principais de sua produção a ação da observação, experimentação e comprovação, que exigem muito da atividade intelectual (cognitiva e analítica) do pesquisador ou do intérprete.

Nesse sentido, sujeito conhecedor e objeto de estudo vão se construindo no processo de produção do conhecimento, pois este analisa fenômenos que são ordenados a partir da ação do próprio pesquisador ou do intérprete do direito. O objeto de estudo da ciência do direito não são *dados* da natureza, mas sim comportamentos humanos, normas jurídicas, criações próprias dos agentes de conhecimento.

Tal perspectiva epistemológica é antipositivista e adotada por diversos juristas e cientistas contemporâneos (Santos, 2010). Infelizmente, nos limites de nossa disciplina, não poderemos aprofundar o interessante estudo sobre a ciência do direito.

3.2.2. O Direito Constitucional Objetivo

No sentido objetivo, o direito constitucional é composto do conjunto de normas jurídicas em vigor, que têm status de normas constitucionais, isto é, dotadas de máxima hierarquia dentro do sistema.

Formalmente, todas as normas que constam na Constituição (originária ou de emendas) são constitucionais, contudo, considerando as características da Constituição no Estado moderno, há normas que são materialmente constitucionais, são aquelas que declaram direitos fundamentais ou tratam do exercício do poder político, como normas de organização do Estado e dos poderes públicos.

3.2.3. O Direito Constitucional Subjetivo

Neste sentido, é o direito que pertence ao sujeito, a um indivíduo em face de outro ou do Estado. As normas constitucionais protegem bens jurídicos relevantes e interesses individuais, conferindo aos titulares desses direitos a faculdade de invocar a Constituição para gozar do que a ele está garantido. É o direito-poder de ação de um indivíduo contra o Estado ou outra pessoa (física ou jurídica) para assegurar o gozo de um direito seu, que é constitucionalmente garantido. Por exemplo, o direito ao recebimento do salário mínimo para a jornada de trabalho de quarenta e quatro horas semanais.

Barroso (2015) explica que os direitos subjetivos constitucionais investem os jurisdicionados no poder de exigir do Estado prestações positivas ou negativas que proporcionem o desfrute dos bens e interesses jurídicos nela consagrados, seja ele um direito político, social ou coletivo.

3.3. A Constituição Federal de 1988

A constituição de 1988 representa o documento político e jurídico que refunda o Brasil como um Estado Democrático de Direito.

De 1964 até 1985, o Brasil ficou sob o regime autoritário da ditadura militar, que governou sob a vigência de três diferentes e sucessivos documentos jurídicos constitucionais: a Constituição outorgada de 1967, o Ato Institucional nº 5, de 1968, que dava poderes quase absolutos ao presidente da república, como: decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e Câmaras de Vereadores, assumindo ele próprio poderes legislativos plenos; decretar a intervenção federal em estados e municípios sem limitações; suspender direitos políticos de qualquer cidadão por dez anos e cassar

mandatos eletivos federais, estaduais e municipais; suspensão da garantia do *habeas corpus*. Houve ainda a Constituição de 1969, aprovada sob rótulo formal de emenda constitucional nº 1.

Os anos de chumbo foram longos e a abertura política foi lenta e gradual, fruto da luta resistente de uma parte da sociedade.

Em 1985, foi aprovada a emenda constitucional nº 26, que determinou a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte, formada por deputados e senadores eleitos. A Constituinte foi instalada em 1987 e culminou com o documento constitucional publicado em 05 outubro de 1988, a conhecida “Constituição Cidadã”.

A Constituição de 1988 foi o rito de passagem para o amadurecimento institucional, que ainda está em pleno desenvolvimento, com avanços e retrocessos ao longo do seu caminho.

A Constituição Federal de 1988 fundou o Estado Democrático de Direito, estabelecendo em seu Título I, logo nos seus artigos 1º e 3º, os princípios e os objetivos fundamentais do Estado, dando destaque à dignidade humana.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A CF/88 estabelece também os poderes públicos, sendo o Executivo, o Legislativo e o Judiciário (art.2º), afirma a soberania popular (art.1º, § único) e destaca os princípios que regem o Estado brasileiro em duas relações internacionais.

Já no Título II, o documento declara os direitos e garantias fundamentais, de natureza individual e coletiva. No Título III, estabelece a organização política e administrativa do Estado, estruturando os poderes públicos e as instituições que operacionalizam suas atribuições e funções.

A Constituição Federal quanto ao seu conteúdo é formal, quanto à sua forma é escrita e analítica, quanto ao seu modo de elaboração é dogmática e quanto à sua origem é promulgada. Ainda, em relação à sua estabilidade, é rígida. E, finalmente, em relação à sua função, é garantista e dirigente.

Com base na tipologia de normas apresentadas nesta Unidade, podemos exemplificar:

| Norma constitucional (CF/88) | Tipo |
|---|-------------|
| <p>Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:</p> <p>IX - julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo;</p> | ORGANIZAÇÃO |
| <p>Art. 5º.</p> <p>§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.</p> | ORGANIZAÇÃO |
| <p>Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.</p> <p>§ 1º O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados</p> <p>§ 2º Cada Território elegerá quatro Deputados.</p> | ORGANIZAÇÃO |

| | |
|---|--------------|
| <p>Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:</p> <p>I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional;</p> <p>III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;</p> <p>IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.</p> | PROGRAMÁTICA |
| <p>Art. 5º. XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;</p> | PROGRAMÁTICA |
| <p>Art. 5º. II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;</p> | CONDUTA |
| <p>Art.17. § 4º É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.</p> | CONDUTA |
| <p>Art. 5º XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;</p> | CONDUTA |
| <p>Art.5º. LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;</p> | PROCESSUAL |
| <p>Art. 53 § 3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.</p> | PROCESSUAL |
| <p>Art. 61 § 2º A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.</p> | PROCESSUAL |

3.4. Organização do Estado Brasileiro

Conforme estabelecido constitucionalmente, o Brasil é uma república federativa, isso significa dizer que o exercício do poder político é realizado mediante eleição dos governantes no seio da sociedade, que exercerá o mandato por um período de tempo determinado. Significa também que o Estado possui uma divisão específica dos poderes públicos, estabelecendo, assim, uma multiplicidade de organizações governamentais com atribuições e competências específicas.

O poder público brasileiro compreende a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os municípios, que também são entidades estatais, com autonomia política reconhecida pela Constituição (art. 18), embora em menor grau que a dos Estados-membros (art. 25).

Essa outorga constitucional de autonomia política aos municípios é uma peculiaridade da federação brasileira. Ainda, integra a organização política da nossa federação um Estado-membro anômalo, que é o Distrito Federal, onde se localiza a capital da União: Brasília (art. 18 e § 1.º).

As entidades estatais, ou seja, entidades com autonomia política (além da administrativa e financeira), são unicamente a União, os Estados-membros, os municípios e o Distrito Federal.

As demais pessoas jurídicas de direito público, instituídas ou autorizadas a se constituírem por lei, ou são autarquias, ou são fundações, ou são entidades paraestatais, como veremos na Unidade IV. Esse conjunto de entidades estatais, autárquicas, fundacionais e paraestatais constitui a administração pública em sentido instrumental amplo, ou seja, a administração centralizada e a descentralizada, atualmente denominada direta e indireta (Dallari, 2012).

O Brasil adota o sistema presidencialista, sendo o chefe do Executivo (o presidente), a pessoa quem decide internamente sobre as questões administrativas brasileiras, bem como representa o Estado perante a comunidade internacional (outros Estados e organismos multilaterais).

O poder legislativo é denominado de Congresso Nacional e é composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado (é bicameral). Sua atividade principal é a legiferante, isto é, de criar as leis. A atividade legislativa é realizada por todos os entes políticos, até os municípios.

A Câmara dos Deputados é composta pelos “representantes do povo”, os deputados federais. O critério de eleição é a proporcionalidade, para que o interesse de minorias também esteja representado.

Hoje, há 513 deputados federais. O Senado é composto por 81 senadores e, cada estado da federação mais o Distrito Federal, tem o direito de eleger três senadores para um mandato de oito anos, sendo um primeiro eleito e, após quatro anos, os outros dois. A função dos senadores é representar o interesse dos estados e do Distrito Federal.

No nível estadual, o poder legislativo é unicameral e conta com a Assembleia Legislativa, que é composta por deputados estaduais, cuja quantidade é determinada pela Constituição Estadual. Eles são eleitos para mandatos de quatro anos. Nos municípios, o poder legislativo também é unicameral e exercido pela Câmara dos Vereadores.

O poder judiciário tem por função primordial julgar os conflitos que são postos à apreciação do Estado, com base em critérios técnicos e de justiça estabelecidos no ordenamento jurídico. Como vivemos num Estado Democrático de Direito, a Constituição determina que nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação pelo poder judiciário. O direito de ação do cidadão é constitucionalmente garantido pelo art. 5º, XXXV.

O poder judiciário é dividido em órgãos jurisdicionais (Tribunais) e consultivo, como o Conselho Nacional de Justiça. Além de decidir sobre conflitos concretos, o Judiciário também realiza o controle externo de constitucionalidade das leis.

O Judiciário conta com o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, as Justiças Comum (Federal e Estadual), do Trabalho, Eleitoral e Militar. As Justiças Comum, Federal, do Trabalho e Eleitoral são compostas pelos juízes singulares (varas) e pelos Tribunais.

A Justiça Comum Estadual é composta pelas diversas varas cíveis, penais, da Fazenda Pública, pelos Juizados Especiais, e, como segunda instância, pelo Tribunal de Justiça. A Justiça Comum Federal é composta pelos juízes federais e, como segunda instância, pelos Tribunais Regionais Federais.

A Justiça do Trabalho é composta pelos juízes trabalhistas, pelos Tribunais Regionais do Trabalho e pelo Tribunal Superior do Trabalho. A Justiça Eleitoral é composta pelas Juntas Eleitorais, Juízes Eleitorais, Tribunais Regionais Eleitorais e, finalmente, Tribunal Superior Eleitoral. A Justiça Militar, à qual cabe o julgamento de crimes militares, é

composta pelas Auditorias Militares, Tribunais de Justiça Militar – em alguns estados – e Superior Tribunal Militar.

3.5. Objetivos do Aprendizado:

1. Compreender noções gerais de direito constitucional
2. Conhecer os diferentes tipos de Constituição
3. Compreender a hierarquia normativa do ordenamento jurídico brasileiro
4. Diferenciar as funções e órgãos que constituem os poderes públicos

UNIDADE IV – DIREITO ADMINISTRATIVO

Partimos do conceito de Estado moderno para o estudo da administração pública, compreendendo a sua estrutura e as suas atividades, sobre o qual repousa toda a concepção moderna de organização e funcionamento dos serviços públicos a serem prestados aos administrados.

Cada Estado, ao se organizar, declara os fins por ele visados e institui os poderes e órgãos necessários à sua consecução.

No Estado moderno, os poderes públicos são exercidos em três sentidos - administração, legislação e jurisdição - e em todos eles pede orientação ao direito administrativo, no que concerne à organização e funcionamento de seus serviços, à administração de seus bens, à regência de seu pessoal e à formalização dos seus atos de administração.

O direito administrativo pode ser entendido como ramo do direito positivo que abrange “conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado” (Meirelles, 2005).

Podemos dizer que o direito administrativo é a normatividade que rege a operacionalização dos procedimentos necessários à realização dos fins do Estado, seus objetivos fundamentais.

O direito administrativo afasta de sua ingerência a atividade estatal abstrata, que é a legislativa, a atividade estatal indireta, que é a judicial, e a atividade mediata, que é a ação social do Estado.

Quer isto dizer que, o direito administrativo disciplina as atividades e os órgãos estatais ou a eles assemelhados, para o eficiente funcionamento da administração pública. O direito administrativo regula o Estado no seu aspecto dinâmico e funcional, relegando para o direito constitucional a parte estrutural, estática. “Um faz a fisiologia do Estado; o outro, a sua anatomia” (Meirelles, 2005).

4.1. Governo e Administração

O direito administrativo somente foi possível na modernidade, na etapa do Estado liberal constitucional, final do século XVIII, quando o Estado passa a se organizar em razão do princípio da legalidade (submissão do Estado a lei). Esse é o Estado de Direito, ou seja, o Estado juridicamente organizado e obediente às suas próprias leis.

Como vimos na unidade III, a Constituição funda a organização soberana do Estado, com a criação dos entes políticos que compõem o governo, e a divisão política do território nacional. A nossa Constituição Federal de 1988 também realiza, em parte, a organização da administração, ou seja, a estruturação legal das entidades e órgãos que irão desempenhar as funções institucionais, através de agentes públicos (pessoas físicas). Essa organização faz-se normalmente por lei, e excepcionalmente por decreto e normas inferiores (quando não exige a criação de cargos nem aumenta a despesa pública).

O direito administrativo atua nesse campo estrutural e funcional do Estado, auxiliado pelas contemporâneas técnicas de administração, estabelece o ordenamento jurídico dos órgãos, das funções e dos agentes que irão desempenhá-las, e as técnicas de administração informam sobre o modo mais eficiente e econômico de realizá-las em benefício da coletividade. Neste sentido duplo, é importante explicar sobre governo e administração.

A. Governo

Em sentido formal, é o conjunto de poderes e órgãos constitucionais; em sentido material, é o complexo de funções estatais básicas; em sentido operacional, é a condução política dos negócios públicos.

Na verdade, o governo ora se identifica com os poderes e órgãos supremos do Estado, ora se apresenta nas funções originárias desses poderes e órgãos com manifestação da soberania. A constante, porém, do governo é a sua expressão política de comando, de iniciativa, de fixação de objetivos do Estado e de manutenção da ordem jurídica vigente.

O governo atua mediante atos de soberania ou, pelo menos, de autonomia política na condução dos negócios públicos.

B. Administração Pública

Em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade.

Numa visão global, a administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas.

A administração não pratica atos de governo; pratica, tão somente, atos de execução, com maior ou menor autonomia funcional, segundo a competência do órgão e de seus agentes. São os chamados atos administrativos, que cumprem função executiva.

Tais atos, por sua natureza, conteúdo e forma, diferenciam-se dos que emanam do Legislativo (leis) e do Judiciário (decisões judiciais), quando desempenham suas atribuições específicas de legislação e de jurisdição.

Temos, assim, na atividade pública geral, três categorias de atos inconfundíveis entre si: atos legislativos, atos judiciais e atos administrativos.

As funções normais da administração são planejamento, organização, administração (de pessoal), direção, coordenação, informação e orçamento (elaboração).

O governo e a administração, como criações abstratas da Constituição e das leis, atuam por intermédio de suas entidades (pessoas jurídicas), de seus órgãos (centros de decisão) e de seus agentes (pessoas físicas investidas em cargos e funções).

4.1.1. Entidades Políticas e Administrativas:

Entidade é pessoa jurídica, pública ou privada.

Órgão é elemento despersonalizado incumbido da realização das atividades da entidade a que pertence, através de seus agentes. Na organização política e administrativa brasileira as entidades classificam-se em estatais, autárquicas, fundacionais e paraestatais.

Entidades estatais são pessoas jurídicas de direito público que integram a estrutura constitucional do Estado e têm poderes políticos e administrativos, como a União, os Estados-membros, os municípios e o Distrito Federal. A União é soberana; as demais entidades estatais têm apenas autonomia política, administrativa e financeira, mas não dispõem de soberania, que é privativa da nação e própria da federação.

Entidades autárquicas são pessoas jurídicas de direito público, de natureza meramente administrativa, criadas por lei específica, para a realização de atividades, obras ou serviços descentralizados da entidade estatal que as criou. Funcionam e operam na forma estabelecida na lei instituidora e nos termos de seu regulamento. As autarquias podem desempenhar atividades econômicas, educacionais, previdenciárias e quaisquer outras outorgadas pela entidade estatal-matriz, mas sem subordinação hierárquica, sujeitas apenas ao controle finalístico de sua administração e da conduta de seus dirigentes. Exemplos de autarquias mais conhecidas: as autarquias federais como o INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, o INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. O Banco Central, A Comissão de Valores Imobiliários e o IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais; as autarquias profissionais como OAB – Ordem dos Advogados do Brasil e CRM – Conselho Nacional de Medicina Renováveis (Meirelles, 2005).

Entidades fundacionais são, pela nova orientação da Constituição da República de 1988, pessoas jurídicas de Direito Público. São criadas por lei específica com as atribuições que lhes forem conferidas no ato de sua instituição. Exemplos de fundações públicas: o IBGE – Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística e a FUNAI – Fundação Nacional do Índio.

Entidades paraestatais são pessoas jurídicas de direito privado cuja criação é autorizada por lei específica para a realização de obras, serviços ou atividades de interesse coletivo. São espécies de entidades paraestatais as empresas públicas, as sociedades de economia mista e os serviços sociais autônomos (SESI, SESC, SENAI e SENAC). As entidades paraestatais são autônomas, administrativa e financeiramente, têm patrimônio próprio e operam em regime da iniciativa particular, na forma de seus estatutos, ficando vinculadas (não subordinadas) a determinado órgão da entidade estatal a que pertencem, o qual supervisiona e controla seu desempenho estatutário, sem interferir diretamente na sua administração.

4.1.2. Órgãos e Agentes Públicos

A. Órgãos públicos

São centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem (20). São unidades de ação com atribuições específicas na organização estatal. Cada órgão, como centro de competência governamental ou administrativa, tem necessariamente

funções, cargos e agentes, mas é distinto desses elementos, que podem ser modificados, substituídos ou retirados sem supressão da unidade orgânica. Isto explica por que a alteração de funções, ou a vacância dos cargos, ou a mudança de seus titulares, não acarreta a extinção do órgão.

Os órgãos integram a estrutura do Estado e das demais pessoas jurídicas como partes desses corpos vivos, dotados de vontade e capazes de exercer direitos e contrair obrigações para a consecução de seus fins institucionais. Por isso mesmo, os órgãos não têm personalidade jurídica nem vontade própria, que são atributos do corpo e não das partes, mas na área de suas atribuições e nos limites de sua competência funcional expressam a vontade da entidade a que pertencem e a vinculam por seus atos, manifestados através de seus agentes (pessoas físicas).

São órgãos públicos independentes aqueles originários da Constituição, sendo as Corporações Legislativas (Congresso Nacional, Câmara dos Deputados, Senado Federal, Assembleias Legislativas, Câmaras de Vereadores), as chefias de Executivo (Presidência da República, Governadorias dos Estados e do Distrito Federal, Prefeituras Municipais), os Tribunais Judiciários e os Juízos singulares (Supremo Tribunal Federal, Tribunais Superiores Federais, Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça e de Alçada dos Estados-membros, Tribunais do Júri e Varas das Justiças Comum e Especial). De se incluir, ainda, nesta classe o Ministério Público federal e estadual e os Tribunais de Contas da União, dos Estados-membros e municípios, os quais são órgãos funcionalmente independentes e seus membros integram a categoria dos agentes políticos, inconfundíveis com os servidores das respectivas instituições

São órgãos autônomos os Ministérios, as Secretarias de Estado e de Município, a Advocacia-Geral da União e todos os demais órgãos subordinados diretamente aos chefes de poderes, aos quais prestam assistência e auxílio imediatos. Seus dirigentes, em regra, não são funcionários, mas sim agentes políticos nomeados em comissão.

Órgãos superiores são os que detêm poder de direção, controle, decisão e comando dos assuntos de sua competência específica, mas sempre sujeitos à subordinação e ao controle hierárquico de uma chefia mais alta. Não gozam de autonomia administrativa nem financeira, que são atributos dos órgãos independentes e dos autônomos a que pertencem. Sua liberdade funcional restringe-se ao planejamento e soluções técnicas, dentro da sua área de competência, com responsabilidade pela execução, geralmente a cargo de seus órgãos subalternos.

Nessa categoria estão as primeiras repartições dos órgãos independentes e dos autônomos, com variadas denominações, tais como Gabinetes, Secretarias-Gerais, Inspetorias-Gerais, Procuradorias Administrativas e Judiciais, Coordenadorias, Departamentos e Divisões. O nome dado ao órgão é irrelevante; o que importa para caracterizá-lo superior é a preeminência hierárquica na área de suas atribuições. Assim, num Ministério ou numa Secretaria de Estado poderão existir tantos órgãos superiores quantas forem as áreas em que o órgão autônomo se repartir para o melhor desempenho de suas atribuições.

Na estrutura e organização do Estado e da Administração distinguem-se nitidamente poder, órgão, função, competência, cargo e agente. Neste tópico interessam-nos os agentes públicos, para conceituá-los, classificá-los e situá-los no quadro geral do Governo e da Administração.

B. Agentes públicos

Todas as pessoas vinculadas ao Estado ou não, que prestam serviços ao mesmo, de forma permanente ou ocasional. Podem ser agentes políticos (chefe do executivo, membros do congresso nacional, juízes e promotores), agentes administrativos (servidores públicos, concursados ou não, civis ou militares); agentes por colaboração (voluntária, como na lei 9608/1998, compulsória, como jurados e mesários, por delegação, como os concessionários, permissionários e autorizatários).

Agentes políticos são os componentes do governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais. Não são servidores públicos, nem se sujeitam ao regime jurídico único estabelecido pela Constituição de 1988. Têm normas específicas para sua escolha, investidura, conduta e processo por crimes funcionais e de responsabilidade, que lhes são privativos.

Os agentes políticos exercem funções governamentais, judiciais e quase judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência. São as autoridades públicas supremas do governo e da administração na área de sua atuação, pois não estão hierarquizadas, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais de jurisdição.

Agentes administrativos são todos aqueles que se vinculam ao Estado ou às suas entidades autárquicas e fundacionais por relações profissionais, sujeitos à hierarquia funcional e ao regime jurídico único da entidade estatal a que servem. São investidos a título de emprego e com retribuição pecuniária, em regra por nomeação, e excepcionalmente por contrato de trabalho ou credenciamento. Nessa categoria incluem-se, também, os dirigentes de entidades paraestatais (não os seus empregados), como representantes da administração indireta do Estado, os quais, nomeados ou eleitos, passam a ter vinculação funcional com órgãos públicos da administração direta, controladores da entidade.

Os agentes administrativos não são membros de poder de Estado, nem o representam, nem exercem atribuições políticas ou governamentais; são unicamente servidores públicos, com maior ou menor hierarquia, encargos e responsabilidades profissionais dentro do órgão ou da entidade a que servem, conforme o cargo ou a função em que estejam investidos. De acordo com a posição hierárquica que ocupam e as funções que lhes são cometidas, recebem a correspondente parcela de autoridade pública para o seu desempenho no plano administrativo, sem qualquer poder político. Suas atribuições, de chefia, planejamento, assessoramento ou execução, permanecem no âmbito das habilitações profissionais postas a serviço da administração.

A categoria dos agentes administrativos - espécie do gênero agente público - constitui a imensa massa dos prestadores de serviços à administração direta e indireta do Estado nas seguintes modalidades admitidas pela Constituição da República de 1988: a) servidores públicos concursados (art. 37, II); b) servidores públicos exercentes de cargos em comissão ou função de confiança, sem concurso, escolhidos, preferencialmente, entre “servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional” (art. 37, V); c) servidores temporários, contratados “por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público” (art. 37, IX).

Agentes delegados são particulares que recebem a incumbência da execução de determinada atividade, obra ou serviço público e o realizam em nome próprio, por sua conta e risco, mas segundo as normas do Estado e sob a permanente fiscalização do delegante. Esses agentes não são servidores públicos, nem honoríficos, nem representantes do Estado; todavia, constituem uma categoria à parte de colaboradores do poder público. Nessa categoria encontram-se os concessionários e permissionários de obras e serviços públicos, os serventuários de ofícios ou cartórios não estatizados, os leiloeiros, os tradutores e intérpretes públicos, as demais pessoas que recebem delegação para a prática de alguma atividade estatal ou serviço de interesse coletivo.

4.3. A Administração Pública

O conceito de administração pública não oferece contornos bem definidos, quer pela diversidade de sentidos da própria expressão, quer pelos diferentes campos em que se desenvolve a atividade administrativa.

Em sentido lato, administrar é gerir interesses, segundo a lei, a moral e a finalidade dos bens entregues ao cuidado de outrem. Se os bens e interesses geridos são individuais, realiza-se administração particular; se são da coletividade, realiza-se administração pública. Administração pública, portanto, é a gestão de bens e interesses qualificados da comunidade no âmbito federal, estadual ou municipal, segundo os preceitos do direito e da moral, visando ao bem comum.

A natureza da administração pública é a de um múnus público para quem a exerce, isto é, a de um encargo de defesa, conservação e aprimoramento dos bens, serviços e interesses da coletividade. impõe-se ao administrador público a obrigação de cumprir fielmente os preceitos do direito e da moral administrativa que regem a sua atuação. Ao ser investido em função ou cargo público, todo agente do poder assume para com a coletividade o compromisso de bem servi-la, porque outro não é o desejo do povo, como legítimo destinatário dos bens, serviços e interesses administrados pelo Estado. Na administração pública o “como” administrar está concretizado em leis, regulamentos e atos especiais.

Os fins da administração pública resumem-se num único objetivo: o bem comum da coletividade administrada. Toda atividade do administrador público deve ser orientada para esse objetivo. No desempenho dos encargos administrativos o agente do poder público não tem a liberdade de procurar outro objetivo, ou de dar fim diverso do prescrito em lei para a atividade. Não pode, assim, deixar de cumprir os deveres que a lei lhe Impõe, nem renunciar a qualquer parcela dos poderes e prerrogativas que lhe são conferidos. Isso porque os deveres, poderes e prerrogativas não lhe são outorgados em consideração pessoal, mas sim para serem utilizados em benefício da comunidade administrada.

4.3.1. Princípios da Administração Pública:

1. **Supremacia do interesse público:** regra básica da administração é o atendimento ao interesse público. O ato administrativo ainda que obedeça a lei, se for contra o interesse público, Interesse público primário – da coletividade. A ideia de bem comum; interesse público secundário: dos órgãos estatais. O interesse público prevalece sobre o interesse individual, respeitadas as garantias constitucionais.

2. **Legalidade:** o administrador não pode agir e nem deixar de agir, senão em virtude de lei. Diferentemente dos particulares, ao administrador é permitido fazer apenas o que a lei ordena. A inercia do Estado também deve estar autorizada implicando em que a omissão gera responsabilidade.
3. **Moralidade administrativa:** conjunto de regras de conduta da disciplina interior da administração (não é a moralidade comum).
4. **Legalidade comum** = lei
5. **Legalidade administrativa** = lei + interesse público + moralidade
6. **Moralidade** é entendida hoje como lealdade, boa-fé e probidade da administração. Proibições legais de desvio do interesse público e abuso de poder. Lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992).
7. **Impessoalidade:** atender a todos sem preferências pessoais; regras gerais para participar e dispor de recursos públicos; o mérito dos atos pertence a administração e não ao agente público. Publicidade dos órgãos deve ser impessoal.
8. **Publicidade:** os atos administrativos devem ter divulgação oficial como requisito de sua eficácia, salvo exceções permitidas por lei. Por exemplo, proteção de informações sigilosas referentes a segurança nacional, investigações policiais, processos cíveis em segredo de justiça.
9. **Finalidade:** finalidade de atender ao interesse público. Se não, há o desvio de finalidade que é uma forma de abuso de poder que gera nulidade do ato.
10. **Indisponibilidade:** a administração não pode transigir ou deixar de cumprir a lei, senão em casos expressamente permitidos. Há discricionariedade. Nem pode dispor de verbas fora dos limites legais.
11. **Continuidade:** os serviços públicos devem ser prestados de forma contínua, não podem parar, mesmo em caso de greve. Assunto aberto, pois não há lei regulamentando o direito. Há regra expressa de proibição da greve pelos militares (Art. 142, § 3º, CF). O particular contratado para executar algum serviço público não pode parar por não ter recebido o pagamento, salvo após 90 dias de inadimplemento (Lei 8.666/1993);
12. **Autotutela:** a administração pode corrigir seus atos, revogando os inoportunos e anulando os ilegais, respeitados o direito adquirido e indenizados os prejudicados.
13. **Motivação (fundamentação):** os atos administrativos devem ser justificados em relação aos seus fundamentos de direito e de fato.
14. **Razoabilidade e proporcionalidade:** relação meios e fins; necessidades;
15. **Igualdade:** tratar todos de modo igual;
16. **Controle judicial dos atos administrativos:** superpoder do Judiciário; o entendimento majoritário entende que o juiz não pode analisar o mérito mas apenas a forma realizada. Por exemplo, cotas.

17. **Hierarquia:** os órgãos e agentes superiores podem rever, delegar ou avocar atribuições e atos, na esfera do poder Executivo.
18. **Poder-dever:** legalidade administrativa – a administração é obrigada a agir de certa forma.
19. **Eficiência:** menos custo e mais resultado; atenda plenamente;

4.3.2. Poderes Administrativos

Dão poderes atribuídos ao Executivo.

1. **Poder hierárquico:** é o que se compõe de graus ou escalões na esfera interna da administração, numa relação de ascendência e subordinação entre órgãos e agentes com fim de distribuir funções, fiscalizar, rever e corrigir atos.
2. **Poder disciplinar:** em face do poder hierárquico, administração tem poder de punir o servidor infrator ou mesmo o civil de infrações administrativas. O poder disciplinar é obrigatório e a inercia da administração em punir ou iniciar o processo administrativo pode ser considerada crime (Condescendência Criminosa, art. 320, do Código Penal).
3. **Poder regulamentar ou normativo:** criar regras mediante decreto regulamentador; serve para detalhar a lei, contudo, pode ampliar ou restringir os efeitos.
4. **Poder de polícia:** monopólio sobre o uso legítimo da violência; refere-se ao controle estatal das atividades e dos interesses individuais, para mantê-los nos seus justos limites, sem prejudicar outrem ou para restringi-los por motivos de interesse público.

4.4. Objetivos do Aprendizado

1. Diferenciar governo e administração, bem como seus respectivos órgãos e agentes públicos.
2. Compreender os princípios que regem a atividade administrativa do Estado.

UNIDADE V – DIREITO TRIBUTÁRIO

A prática da cobrança de tributos pelo poder instituído de uma sociedade é muito antiga, remete às civilizações passadas como Egito antigo e Mesopotâmia, e, ainda hoje, a arrecadação de tributos é a principal fonte de receita pública.

Por outro lado, o direito tributário, enquanto conjunto de normas que regulam o poder de tributar do Estado, é recente na história, própria do Estado moderno que, conforme estamos compreendendo, é um tipo de organização político-social que impõe normas

delimitadoras da ação estatal (poder político) e regulam as relações entre o poder público e o cidadão/contribuente.

Até a modernidade, a cobrança de tributos e os julgamentos dos devedores obedeciam sempre às leis dos detentores do poder, como reis, nobres e senhores, donos das grandes porções de terra no período medieval, por exemplo. O ato de tributar oriundo da força do poder gerava uma taxaço de tributos, muitas vezes, impiedosa, confiscatória e punitiva, promovendo a escravizaço de trabalhadores e pequenos produtores, cada vez mais devedores.

Com a afirmaço dos Estados nacionais e, com isso, do reconhecimento jurídic de direitos aos indivíduos, aos quais o próprio Estado deve respeitar, houve a necessidade de criar também normas (princípios e regras) para as questões referentes a cobrança de impostos.



Sabendo um pouco mais

HISTÓRIA DO DIREITO TRIBUTÁRIO

Conforme nos ensina Ives Gandra (2005), o primeiro tributo instituído nas terras brasileiras foi o chamado quinto do pau-brasil. O tributo incidia sobre “todos os tesouros ou descobertas no Brasil”, era pago à coroa. Seu nome representava a alíquota fiscal e a forma de pagamento, tendo em vista que a moeda corrente em Portugal não havia sido adotada nesta terra e todos os pagamentos à coroa eram feitos com madeira da árvore do pau-brasil. Uma legislação própria para tributaço foi criada somente em 1966, com o Código Tributário Nacional, Lei 5.172 decorrente da Emenda Constitucional 18/66. Isso foi um diploma revolucionário na história do Brasil, por ter conseguido, de forma sucinta, clara e precisa, apresentar alicerces para a construção de uma teoria do tributo e das novas bases para a relação entre fisco e contribuinte

Como nos ensina Hugo de Brito Machado (2011), o desenvolvimento do direito tributário teve por objetivo a elaboração de uma regulamentação específica no tocante a forma de tributaço, para que fosse respeitosa aos fundamentos jurídic dos direitos individuais e, ao mesmo tempo, garantisse o poder de tributar do Estado como meio para geração de recursos, com a contribuição dos cidadãos.

De um lado, o contribuinte tende a ver o tributo como uma interferência estatal em seu patrimônio; de outro, o tributo representa um pilar fundamental para o funcionamento e funções do Estado. O tributo está, assim, no meio termo entre a liberdade do contribuinte em organizar seus negócios e a necessidade do Estado em arrecadar.

O Direito Tributário, enquanto sistema estruturado como conjunto orgânico de princípios e regras sobre a tributação, tem como primeiro documento jurídico formal o Código Tributário alemão de 1919.

No bojo do Estado moderno, o direito tributário existe para delimitar o poder de tributar, transformando a relação tributária, que antigamente foi uma relação simplesmente de poder, em relação jurídica. Nesse sentido, a finalidade essencial do direito tributário, não seria a arrecadação do tributo, que acontece independentemente da existência do direito tributário. O direito tributário *é formulado* para delimitar o poder de tributar e evitar os abusos no exercício deste.

A Constituição Federal de 1988, em seu Título VI, dispõe de maneira geral sobre a tributação e o orçamento, além disso há o Código Tributário Nacional – Lei nº 5.172 de outubro de 1966, que regula o sistema tributário nacional e estabelece as normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

5.1. Conceito e Espécies de Tributos

A Constituição Federal de 1988 diz o que é um tributo, deixando para a lei complementar a tarefa de sua definição (art. 146, CF/88). O Código Tributário Nacional – CTN, apresenta o conceito:

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Portanto, pode-se definir tributo como sendo um valor econômico (prestação pecuniária), que cada contribuinte (pessoa física ou jurídica) paga ao Estado (fisco), em decorrência da relação jurídica existente entre eles, que é regulada por diversos princípios e regras instituídas por lei em sentido estrito.

A obrigação do contribuinte nasce pela simples ocorrência do fato descrito na *hipótese de incidência tributária* prevista em lei, ou seja, a obrigação é compulsória, ocorrendo o fato, há incidência do tributo. Quer isto dizer que, a obrigação de pagar o tributo se

perfaz quando ocorre na realidade o fato descrito na norma, atingindo todo e qualquer cidadão (sujeito passivo) que realize o fato gerador da tributação.

A cobrança do tributo é compulsória e natureza de receita pública. Não pode haver caráter sancionatório e sua exigência tem de se dar mediante atividade administrativa vinculada à lei, ou seja, não há possibilidade de discricionariedade na ação estatal de exigir tributos.

5.1.1. Funções dos Tributos

Na perspectiva do Estado, a principal função do tributo é fiscal, ou seja, arrecadar recursos financeiros aos cofres públicos. No cumprimento de sua função fiscal, os tributos são a principal forma de receita do Estado, responsáveis por cerca de 80% do total das receitas no resultado nominal do governo.

Além da função fiscal, os tributos também podem ter função parafiscal e função extrafiscal. Vejamos:

O Estado pode utilizar o seu poder de tributar para intervir na economia privada, para estimular atividades econômicas ou regiões do país, ou para desestimular o consumo de certos bens. Neste caso, o tributo assume sua função extrafiscal, nada tem haver com arrecadação de recurso para o Estado, mas como meio de intervenção econômica, de redistribuição de riqueza.

Na função extrafiscal, o Estado tem intuito de agir sobre comportamentos econômicos e sociais dos cidadãos e organizações, desincentivando-os ou fomentando-os. ou seja, uso da tributação como regulador do mercado e como mecanismo de realização de políticas econômicas e sociais.

Na função parafiscal, o objetivo do tributo é a arrecadação de recursos para o custeio de atividades de entidades específicas que, a princípio, não integram as funções próprias do Estado como, por exemplo, das autarquias, conselhos profissionais, SESI, SENAC, etc.

5.1.2. Espécies

A maioria da literatura jurídica e o próprio STF, mesmo com divergências internas, consideram que há cinco espécies tributárias no ordenamento jurídico brasileiro:

- A. Impostos (artigo 145 da Constituição Federal);
- B. Taxas (artigo 145 da Constituição Federal);

- C. Contribuições de melhoria (artigo 145 da Constituição Federal);
- D. Empréstimos compulsórios (artigo 148 da Constituição Federal);
- E. Contribuições especiais (artigo 149 da Constituição Federal).

A. Impostos:

De acordo com o artigo 145, da CF/88, todos os entes políticos (União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios) poderão instituir impostos, de acordo com a repartição de competências também estabelecidas constitucionalmente.

O CTN que conceitua o imposto:

Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.

O imposto tem por principal característica é que, a sua cobrança, independe de qualquer atividade direta do Estado em prol do contribuinte. Assim, o fato gerador da obrigação tributária não é um ato do Estado, mas sim algo realizado pelo contribuinte.

Por exemplo, ter propriedade sobre imóvel urbano, como fato gerador do IPTU. É o contribuinte que tem propriedade. Aferir renda, prestar um serviço, importar um produto. Todos são atos do contribuinte, sobre os quais incidem os impostos.

Outra característica dos impostos é que o seu pagamento não está vinculado a uma destinação específica, podendo o Estado dispor sobre tal receita como componente dos seus gastos. Os impostos não geram obrigação de contraprestação do Estado, está submetido ao poder de tributar. Os impostos também devem ter caráter pessoal e respeitar a capacidade econômica de cada contribuinte. Ou seja, a tributação deverá ocorrer, sempre que possível, conforme o que cada contribuinte pode e deve pagar.

B. Taxas

As taxas são espécies de tributo e, assim como os impostos, são de competência comum dos entes políticos e podem ser instituídas “em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição”.

Ao contrário dos impostos, as taxas são tributos vinculados a uma atividade estatal específica, quais sejam:

1. O poder de polícia, em razão da atividade fiscalizadora do Estado perante o particular. Por exemplo, a concessão de alvarás, licenças, autorizações. As taxas pelo exercício do poder de polícia só podem ser cobradas quando há a efetiva fiscalização, verificação

e controle por parte do poder público como, por exemplo, expedição do alvará para construção de imóvel, licença para localização e funcionamento de estabelecimento comercial, porte de arma, expedição de passaporte, etc.

2. A utilização efetiva ou potencial de um serviço público.

Os requisitos para a instituição e cobrança de taxas em razão da prestação de serviço público são:

- Prestação de serviço público
- O serviço público deve ser específico e divisível
- O serviço público deve ser efetivamente prestado ou posto à disposição do contribuinte

Sem a presença destes requisitos, não é possível ao poder público instituir e cobrar taxas em razão da prestação de serviço público.

Hugo de Brito Machado (2011) define serviço público como “toda e qualquer atividade prestacional realizada pelo Estado, ou por quem fizer suas vezes, para satisfazer, de modo concreto e de forma direta, necessidades coletivas”.

Serviço específico é aquele em que é possível individualizar o “fazer” do Estado em relação ao particular. Serviço divisível é aquele suscetível de ser utilizado separadamente por cada usuário. O destinatário do serviço é, portanto, perfeitamente identificável. Além disso, sua utilização é individual e mensurável.

Exemplos de serviços públicos específicos e divisíveis: a prestação jurisdicional remunerada pelas custas processuais; a coleta de lixo e esgoto, etc. Nestes casos, é possível a identificação do beneficiário, a utilização individual e a respectiva quantificação.

Em sentido contrário, os serviços gerais ou indivisíveis não podem ser remunerados por meio de taxa. Exemplos: a segurança pública, defesa do território nacional, limpeza pública.

De acordo com o artigo 79, do CTN, o serviço será considerado prestado, quando for efetivamente utilizado pelo contribuinte. Por exemplo, a coleta do lixo deixado pelo contribuinte na porta de casa. Por outro lado, será considerado posto à disposição do contribuinte quando este poderá utilizá-lo potencialmente. Por exemplo, a coleta de lixo

vai passar na casa do contribuinte mesmo que este esteja viajando e não tenha lixo para ser coletado.

Nesse sentido, a taxa em razão da prestação de serviço público poderá ser cobrada não somente quando o contribuinte usufruir do serviço público, mas também quando o serviço é disponibilizado a ele pela administração pública.

C. Contribuições de melhoria

O artigo 81 do CTN determina que os entes políticos poderão instituir uma contribuição de melhoria em face do custo dispendido em razão de uma obra pública que implique na valorização do imóvel do contribuinte.

Neste sentido, a contribuição de melhoria é um tributo vinculado, ou seja, tem como fato gerador uma atividade estatal específica, no caso, a realização de obra pública que implique em valorização imobiliária.

A contribuição de melhoria tem por objetivo ressarcir os gastos do Estado para a realização da obra, cuja cobrança somente pode ser feita após a realização total ou de parte da obra pública.

Outra condição para a cobrança da contribuição de melhoria é que o valor tem como limite global a despesa total realizada pelo Estado com a obra e, como limite individual, o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.

D. Empréstimos compulsório

Previsto na CF/88, o empréstimo compulsório é de competência exclusiva da União (art.148, CF/88) e tem caráter temporário, uma vez que o valor pago ao Estado deverá ser restituído, posteriormente, ao contribuinte.

O rito legislativo para criação do empréstimo compulsório é a lei complementar, ou seja, mais rigoroso que o rito da lei ordinária. E somente poderá ser instituído para: 1. atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência; 2. no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional.

A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório é integralmente vinculada à despesa que fundamentou sua criação.

E. Contribuições especiais

Assim como os empréstimos compulsórios, as contribuições especiais são de competência exclusiva da União e são marcadas pela sua destinação, tendo em vista que a criação de uma contribuição especial é direcionada a financiar a atuação do Estado em determinado setor econômico ou social. Por exemplo, a seguridade social, a educação, a intervenção no domínio econômico, os interesses das categorias profissionais.

É a destinação do tributo que vai determinar a espécie de contribuição especial. Segundo o artigo 149, da CF/88, as contribuições podem ser divididas em:

- a) contribuições sociais,
- b) contribuições de intervenção no domínio econômico (mais conhecidas como CIDE) e
- c) contribuições de interesse das categorias profissionais ou econômicas.

Há uma exceção prevista em lei sobre a competência para criar contribuições especiais está prevista no §1º, do art. 149, CF/88, referente a possibilidade dos Estados, municípios e Distrito Federal instituírem a contribuição para o custeio do regime previdenciário de seus servidores.

A EC nº 39/02 alterou a CF/88 para inserir uma nova contribuição especial, qual seja a COSIP, destinada ao o Custeio do Serviço de Iluminação Pública (COSIP), que é de competência dos municípios e do Distrito Federal:

Art. 149-A Os municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III.

Parágrafo único. É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o caput, na fatura de consumo de energia elétrica.

5.2. Competência Tributária

É o poder constitucionalmente atribuído a determinado ente político (União, Estados e/ou municípios e Distrito Federal) para que este institua um tributo, descrevendo legislativamente sua hipótese de incidência, seu sujeito ativo, seu sujeito passivo, sua base de cálculo e sua alíquota.

A competência tributária é definida constitucionalmente e determina a autoridade com poder para criação de certo tributo. Implica na competência legislativa plena, respeitados as limitações constitucionais.

A instituição, modificação e revogação de um tributo somente pode ser realizada por lei (ordinária ou complementar).

A competência tributária, sendo um poder regulado, é indelegável, contudo, pode o ente político competente atribuir a capacidade tributária ativa a outra pessoa jurídica que fica responsável pela arrecadação, fiscalização e execução dos tributos.

A competência tributária e a capacidade tributária ativa caminham juntas, mas não se confundem. A competência tributária é um poder atribuído pela Constituição, apenas aos entes políticos com poderes legislativos, exercida mediante lei e é indelegável. A capacidade tributária ativa é a capacidade de ser sujeito ativo da arrecadação, fiscalização e execução de leis, serviços, atos ou decisões em matéria tributária.

Podemos identificar os principais impostos e contribuições do Sistema Tributário Nacional:

- Tributos sobre o patrimônio (IPTU, ITR e IPVA) e sobre a sua transferência (ITBI e ITCMD);
- Tributação sobre a renda (IR);
- Contribuições sociais (PIS, COFINS, CSLL) e previdenciárias;
- Tributação sobre o consumo (ICMS);
- Tributação sobre a produção (IPI);
- Tributação sobre os serviços (ISS);
- Tributação sobre importação (II);
- Tributação sobre exportação (IE);
- Tributação sobre operações financeiras (IOF).

Podemos também classificar os tributos conforme a competência tributária atribuída constitucionalmente:

| | UNIÃO | ESTADOS | MUNICÍPIOS |
|--------------------------|---|--|---|
| TIPOS DE IMPOSTOS | Importação de produtos estrangeiros; | Transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos; | Propriedade predial e territorial urbana; |
| | Exportação para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; | Operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior | Transmissão “inter vivos”, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza de acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição |
| | Renda e proventos de qualquer natureza; | Propriedade de veículos automotores | |
| | Produtos industrializados | Serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar | |
| | Operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores imobiliários | | |
| | Propriedade territorial rural | | |

5.3. Princípios da Tributação - Limitações ao poder de tributar

Como já dissemos acima, o direito tributário se ocupa das relações entre o Fisco e o contribuinte que, no Estado de direito, deve obedecer a limites legais, protegendo o cidadão contra o uso abusivo do poder de tributar do Poder Público.

1. Princípio da legalidade – art. 50, I, CF/88:

O princípio da legalidade aplicado ao direito tributário significa que nenhum tributo será instituído, nem majorado, a não ser mediante lei ordinária ou complementar (processo legislativo).

A majoração implica na mudança da base de cálculo, e não na simples correção monetária e, nesse sentido, promove verdadeira alteração do tributo. Há exceções ao princípio da legalidade na majoração, por exemplo, o Poder Executivo pode alterar alíquota de alguns impostos por meio de decreto, como imposto sobre exportação (IE), imposto sobre operações de crédito (IOF).

A lei que cria o tributo deve obrigatoriamente expressar quem deve e o quanto deve, ou seja: 1. o fato tributável; 2. a base de cálculo; 3. a alíquota ou o critério a ser utilizado para o estabelecimento do valor devido; 4. os critérios para identificação do sujeito passivo da obrigação tributária; 5. o sujeito ativo, de diversa do ente político instituidor.

Fato tributável: é o fato gerador, é a hipótese de incidência, é a descrição contida em lei como necessária e suficiente para o nascimento da obrigação tributária.

A base de cálculo serve para quantificar, dar dimensão econômica do tributo. 1. Deve haver correlação lógica entre a hipótese de incidência e a base de cálculo, que em conjunto identificam a espécie do tributo, pouco importando a denominação formal que se dê, conforme art. 4º do CTN.

A alíquota é o percentual que multiplicado pela base de cálculo permite a quantificação do quantum devido.

Sujeito passivo é aquele que tem o dever de prestar o objeto da obrigação tributária.

Sujeito ativo: é o detentor da capacidade tributária ativa. É a pessoa a quem a lei atribui poderes de arrecadar, administrar e fiscalizar os tributos.

2. Princípio da igualdade e da capacidade contributiva:

É vedado instituir o tratamento desigual entre contribuintes de situação equivalente. Por outro lado, sempre que possível, a tributação deve observar a capacidade econômica de cada contribuinte.

O princípio da capacidade contributiva implica que sempre que possível o imposto deve ter caráter pessoal e ser graduado de acordo com a capacidade econômica do contribuinte.

Aliado ao princípio da dignidade humana, a ordem jurídica tributária determina que o mínimo existencial para o bem-estar do ser humano deve ser excluído da tributação. Por exemplo, quando a União cria faixas de isenção da incidência do IR.

3. Princípio da progressividade – extensão do princípio da capacidade contributiva.

Permite que alíquotas sejam graduadas de acordo com a capacidade econômica do contribuinte. Exemplo, IR – isenção, 7,5%, até 27,7%.

4. Princípio da vedação do tributo com efeito de confisco ou princípio da razoabilidade da carga tributária.

O caráter confiscatório é analisado no caso concreto e deve considerar a totalidade dos tributos que incide sobre certa atividade econômica. Considera-se também a totalidade dos tributos exigidos de uma mesma pessoa política. Inclui-se aqui as multas fiscais.

5. Princípio da anterioridade do exercício financeiro:

A CF/88 veda a cobrança de tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que o instituiu ou majorou.

No Brasil, o exercício financeiro corresponde ao ano civil e vai de 01 de janeiro a 31 de dezembro. Portanto, a lei editada num ano somente poderá entrar em vigor, ou seja, produzir efeitos jurídicos, no exercício financeiro seguinte.

Por exemplo, a lei que cria um imposto foi publicada em 08 de agosto de 2016. Conforme o princípio da anterioridade, a lei somente entrará em vigor a partir de 01 de janeiro de 2017.

6. Princípio da anterioridade nonagesimal:

Ainda, não poderá haver cobrança do tributo, sem prejuízo da anterioridade comum, antes da vacância de 90 dias. Quer isto dizer que, além da anterioridade do exercício financeiro, há necessidade de observância da vacância mínima de 90 dias entre a publicação da lei e vigência.

Por exemplo, a lei que cria um imposto foi publicada em 01 de novembro de 2016. Conforme o princípio da anterioridade e o princípio da anterioridade nonagesimal, a lei somente entrará em vigor a partir de 01 de fevereiro de 2017.

O princípio da anterioridade não se aplica ao empréstimo compulsório, que é espécie criada para atender as despesas extraordinárias de correntes de calamidade pública, guerra externa ou sua iminência.

7. Princípio da irretroatividade dos tributos – art. 150, III, CF/88.

Os fatos ocorridos antes do início da vigência da lei que houver instituído ou aumentado o tributo não acarretam obrigações. A lei nova não se aplica aos fatos geradores já consumados.

8. Princípio da imunidade recíproca

O princípio da imunidade tributária significa dizer que há situações específicas sobre as quais não incide o poder de tributar do Estado. As imunidades tributárias são reguladas pela Constituição Federal de 1988.

A imunidade não se confunde com a isenção tributária. Enquanto a imunidade se refere à definição da competência tributária de um ente estatal, a isenção, por outro lado, refere-se ao exercício dessa competência. Na imunidade, a situação protegida pela Constituição está fora da esfera da competência tributária de certo ente estatal. Na isenção, o ente possui competência para tributar, porém decide não exercê-la, como a isenção do IR, que implica na não cobrança do imposto nos casos de aferição de renda abaixo de um limite mínimo.

As isenções são oriundas de leis infraconstitucionais, enquanto a imunidade é regulada constitucionalmente, e são apenas hipóteses de exclusão do crédito tributário. A imunidade é uma hipótese de exclusão da competência.

De acordo com o artigo 150, CF/88, as imunidades são:

- Imunidade recíproca entre os entes políticos.
- Imunidade dos templos de qualquer culto.
- Imunidade do patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos e de suas fundações.
- Imunidade do patrimônio, renda ou serviços das entidades sindicais dos trabalhadores.
- Imunidade do patrimônio, renda ou serviços das instituições de educação e assistência social sem fins lucrativos.
- Imunidade dos livros, jornais e periódicos, bem como do papel destinado à sua impressão.
- Imunidade dos CDs e DVDs musicais ou literomusicais produzidos no Brasil que tenha autor brasileiro ou intérprete brasileiro.

5.4. Objetivos do Aprendizado

1. Compreender as funções dos tributos
2. Identificar as espécies tributárias e seus respectivos agentes competentes
3. Diferenciar competência tributária e capacidade tributária
4. Conhecer os princípios que limitam o poder de tributar do Estado

UNIDADE VI - DIREITO DO TRABALHO

6.1. O Conflito Entre Capital e Trabalho na Construção do Ramo Justrabalhista

Como vimos nas unidades anteriores, as fontes materiais do direito do trabalho **são o capitalismo, de um lado, e a ação coletiva dos trabalhadores, de outro, instaurando o conflito capital/trabalho, que constitui as relações socioeconômicas modernas.**

Segundo Mauricio Godinho Delgado (2016), o capitalismo pode ser entendido como sistema desigual de criação, circulação e apropriação de bens e riquezas, num contexto estruturado pela diferenciação econômica entre seus componentes e que convive com a igualdade e liberdade formais entre os indivíduos e com o reconhecimento jurídico de um patamar mínimo de convivência na realidade social.

O direito do trabalho é produto desse conflito entre capital e trabalho, e começa a se desenvolver no contexto do capitalismo industrial, segunda metade do século XIX, segunda fase da modernidade, auge do Estado Liberal e da nascente teoria socialista.

Já no final do século XIX, quando o capitalismo inicia uma fase monopolista e imperialista, há uma reorientação estratégica da classe trabalhadora, que passa a estabelecer uma pressão coletiva sobre as empresas e sobre o Estado. As primeiras normas trabalhistas são oriundas da via negocial entre trabalhadores organizados e empresas. Ocorreu nos EUA e Inglaterra; por exemplo, para regulação da jornada de trabalho infantil e feminino.

A luta dos trabalhadores estabeleceu um “universo de condições de contratação da força de trabalho”, introduzindo na ordem jurídica as suas demandas como direitos.



Sabendo um pouco mais

A HISTÓRIA DO DIREITO DO TRABALHO

Durante o século XIX houve movimentos importantes de luta dos trabalhadores, que vão resultar em alguma regulação do mundo do trabalho. Citamos: o Manifesto Comunista, de 1848, a Revolução de 1848 na França, que reivindicou o nacionalismo, trabalho e liberdade de associação, direito de greve, havendo fixação da jornada de trabalho em 10 horas e criação do Ministério do Trabalho; o Movimento cartista de 1849 na Inglaterra, que também promoveu a fixação da jornada de trabalho em 10 horas.

No Brasil, as condições para emergência do ramo jurídico trabalhista se deram no bojo do modelo intervencionista de Estado, a partir da década de 1930, com o governo de Getúlio Vargas.

Foi um momento de salto da industrialização no Brasil, estruturada em um desenho produtivo bifronte: de um lado, produção voltada para bens de consumo duráveis (a automóveis e eletrodomésticos), visando um mercado interno bastante restrito e seletivo; de outro lado, produção voltada para a exportação de produtos primários e industrializados. Internamente, havia um padrão baseado na superexploração da força de trabalho, que articula baixos salários, jornada prolongada e intensificação dos ritmos de produção.

O governo varguista buscou a substituição de mão-de-obra imigrante (Lei de Nacionalização do Trabalho), que foi tão incentivada na República Velha, pois articulada a um projeto cultural de branqueamento da população brasileira, fortemente constituída pela negritude de descendência africana. Essa mão-de-obra era formada no Rio de Janeiro e São Paulo em função do êxodo rural (decadência cafeeira) e movimentos migratórios de nordestinos.

Houve uma intensa atividade legislativa e administrativa para a questão social, a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (dec. 1943/1930) e do Departamento Nacional do Trabalho (dec. 19671/1931), bem como a institucionalização de uma estrutura sindical oficial, baseada no sindicato único e compreendido como órgão

colaborador do Estado. Funda-se o que a literatura denomina de modelo sindical oficial corporativista, que significa a inviabilidade de coexistência de outros sindicatos com os oficiais.

Ainda, implementou-se o sistema de solução judicial de conflitos trabalhistas, através das Comissões Mistas de Conciliação e Julgamento (dec. 21396/1932) e Justiça do Trabalho (dec.-lei 1237/1939).

A partir de 1980, há um novo processo profundo de mudanças organizacionais e tecnológicas no processo produtivo e de serviços que afeta a normatividade trabalhista por um apelo à necessidade de flexibilização dos mecanismos de produção.

O processo de reestruturação produtiva exigiu o aumento da produtividade e da competitividade internacional.

A partir de um contexto econômico fortemente globalizado, cujas decisões são tomadas na esfera internacional por países hegemônicos no controle das relações econômicas, há um aumento da utilização da informatização produtiva e na difusão da microeletrônica, na adoção de formas de subcontratação e terceirização, na transferência de plantas e unidades produtivas para países com “baixo custo” de produção. Tais mudanças, de acordo com Antunes (2013), implicam na precarização do trabalho.

O autor entende que o debate brasileiro sobre a democratização do modelo justralhista nacional engloba também um viés desarticulador de todo o ramo do direito do trabalho, inspirado na ideologia neoliberal que se impõe no final do século XX.

O pensamento neoliberal prevê a desarticulação das normas estatais trabalhistas com direta ou indireta redução de direitos e garantias laborais, dentre outras desregulamentações em distintas áreas de atividade econômica.

Neste contexto altamente conflituoso do qual a normatividade trabalhista emerge e sobre a qual também produz efeitos, os direitos trabalhistas são direitos fundamentais e compõem um patamar civilizatório mínimo.

O repertório jurídico do direito trabalhista é constituído por: normas constitucionais (art1º, III e 170, caput), normas internacionais ratificadas pelo Brasil (art. 5º, §2º, CF/88) e normas legais infraconstitucionais (CLT, leis ordinárias, normas de saúde e segurança do trabalho, etc.).



Reflexão

Qual é o lugar do trabalho na Constituição Federal de 1988?

Centralidade do trabalho. O trabalho é fundamento do Estado (art.1º), é um direito fundamental social (art. 6º), é fundamento da ordem econômica e financeira (art. 170), e possui um sistema social de proteção, com legislação e a jurisdição próprias (art. 111).

6.2. Princípios Trabalhistas

Ocupam uma posição central na lógica jurídica da normatividade trabalhista, informando seu fundamento protecionista. É uma diretriz básica do direito do trabalho a garantia de proteção ao trabalho e ao trabalhador.

Os princípios são tipo de normas jurídicas que fundamentam o ordenamento jurídico, um determinado ramo jurídico ou um instituto próprio. Podem ser entendidos como mandados de otimização, pois representam vetores e diretrizes, alicerces do sistema jurídico vigente, que devem ser realizados ao máximo da capacidade de ação do Estado e dos particulares.

Funções dos princípios:

- Informativa: inspiram ou informam o legislador na elaboração das normas,
- Normativa ou integrativa: são utilizados como métodos de integração do ordenamento, suprindo as lacunas,
- Interpretativa: são parâmetros para interpretação das normas.

Adotando a classificação de Américo Plá Rodrigues (apud, Godinho, 2016), vejamos os princípios do ramo justralhista:

A. Princípio da proteção

Visa conferir à parte economicamente mais fraca da relação (empregado) uma superioridade jurídica capaz de lhe garantir mecanismos destinados a garantir os direitos mínimos estampados na legislação.

O fundamento do princípio da proteção é: desigualdade fática e econômica que existe entre as partes, empresa e empregado. A relação bilateral é baseada num estado de sujeição e vulnerabilidade do empregado frente ao poder diretivo e disciplinar da empresa empregadora.

O princípio da proteção aplica-se apenas à relação individual de trabalho, pois entende-se que os trabalhadores organizados em sindicatos ou associações, ou seja, atuando coletivamente, estão em condições iguais de força para negociar com as empresas.

O princípio da proteção se desdobra nos seguintes princípios:

Princípio da norma ou fonte mais favorável ao trabalhador,

Princípio da manutenção da condição mais benéfica.

A.1. Princípio da norma mais favorável:

Diante de uma pluralidade de fontes do direito trabalhista, com vigência simultânea, há de se preferir a norma que seja mais favorável ao trabalhador. O fundamento está no art. 7º, da CF/88 e implica, na prática, na aplicação da norma mais favorável ao trabalhador na relação de emprego. Neste sentido, por exemplo, a obrigatoriedade do pagamento do piso salarial, quando houver, em detrimento do salário mínimo. Havendo norma coletiva que prevê o pagamento do 14º salário, o empregador está obrigado a cumprir.

A.2. Princípio da manutenção da condição mais benéfica:

Cláusulas contratuais mais benéficas estabelecidas no contrato de trabalho ou no regulamento de empresa, prevalecerão, independentemente, de edição de norma superveniente estabelecendo nível protetivo menor.

O fundamento está na teoria do direito adquirido (art. 5º, XXXIV da CF) e da inalterabilidade contratual *in pejus* (art. 468 da CLT); Súmula 51, I do TST.

A condição mais benéfica tem como requisitos:

- Não pode prejudicar a saúde física, mental, biológica e social do trabalhador.
- Estabelecida no contrato ou regulamento ou de forma tácita, desde que habitual.
- Concedida pelo empregador de forma voluntária e incondicional.
- Não contrarie dispositivo legal ou constitucional

B. Princípio da primazia da realidade

Este princípio é um dos mais importantes para concretude do princípio da proteção, pois significa que a realidade dos fatos prevalece sobre a forma contratual nas relações de trabalho.

Veremos mais adiante que a relação de emprego é caracterizada pela ocorrência real, e simultânea, de pelo menos, 05 elementos fático-jurídicos: a subordinação entre empregado e empregador, a habitualidade e a pessoalidade na prestação do serviço, ser prestado por pessoa física e ser oneroso.

Neste sentido, quando, na relação de trabalho, estão presentes os elementos fático-jurídicos, esta será reconhecida como relação de emprego, podendo implicar na descaracterização dos contratos formais e, assim, serem aplicadas todas as normas trabalhistas constitucionais e celetistas.

O princípio da primazia da realidade visa impedir fraudes do empregador para mascarar a relação de emprego.

C. Princípio da continuidade da relação de emprego:

Como veremos adiante, a regra geral do contrato de emprego é o prazo indeterminado, enquanto mecanismo de preservação do emprego, necessário para a segurança e previsibilidade na vida do trabalhador e de sua família.

No Brasil, o emprego é protegido contra a dispensa arbitrária ou imotivada, mediante a previsão de verbas indenizatórias no caso de demissão imotivada, como o aviso prévio, o FGTS e a multa de 40%, dentre outras.

D. Princípio da indisponibilidade de direitos:

O empregado não pode dispor do seu direito trabalhista, sendo vedada a renúncia e a transação das parcelas de natureza salarial.

O salário é o principal direito do trabalhador e principal dever do empregador, tem caráter alimentar, pois assume um papel socioeconômico relevante, de subsistência do trabalhador, atendendo às necessidades primárias (e outras) do trabalhador e de sua família.

O fundamento do princípio da indisponibilidade se ancora na natureza cogente, imperativa e inderrogável das normas trabalhistas, que compõem um patamar mínimo de dignidade do trabalhador.

O princípio não é absoluto, na medida que, numa eventual reclamação trabalhista, poderá o empregado transacionar com o empregador sobre os créditos trabalhistas.

E. Princípio da intangibilidade e irredutibilidade salarial.

Como já afirmamos acima, o salário é o principal direito do trabalhador e principal dever do empregador. Por ser de caráter alimentar, o ordenamento protege contra a redução indevida e desavisada por parte do empregador. A CF/88 permite a redução salarial, desde que seja feita através de negociação coletiva.

A intangibilidade salarial significa a proibição de descontos salariais (art. 462, CLT), salvo em caso de determinação legal, como a contribuição sindical, bem como de adiantamentos, empréstimos, financiamentos e outras operações de crédito realizadas pelo empregado e autorizados os descontos, ou por instrumentos de negociação coletiva que prevejam, por exemplo, contribuições assistenciais ou confederativas.

O ordenamento jurídico brasileiro estruturou um sistema social de proteção ao salário:

- **Em face do empregador:**

Determinou a periodicidade do pagamento, que não pode ser superior a 01 mês, salvo o que concerne as gratificações, comissões e percentagens. E deverá ser realizado até o 5º dia útil do mês subsequente ao vencido (459, CLT).

O salário deve ser pago em moeda corrente e pode ser através de dinheiro, cheque ou transferência bancária. Nos últimos casos, o empregador deve assegurar que o empregado possa ter acesso ao valor imediatamente, dispensando-o da jornada de trabalho para que este possa ir ao banco. Se for entregue pessoalmente deverá ser feito em dia e horário e local de trabalho.

O salário deve ser pago mediante recibo/contracheque com a discriminação de todas as parcelas pagas. A legislação trabalhista proíbe o salário complessivo, isto é, pago sob uma única rubrica.

O pagamento das comissões e percentagens podem ser feitos após a efetiva operação de venda, sendo que a extinção da relação de trabalho não prejudica a percepção da comissão devida. E no pagamento parcelado, o empregado pode exigir o pagamento proporcional.

Quando da rescisão do contrato de trabalho, as parcelas salariais incontroversas deverão ser quitadas até a primeira audiência na JT sob pena do pagamento de multa de 50% do valor total devido pelo atraso.

- **Em face dos credores do empregador:**

Na hipótese de falência, os créditos trabalhistas, bem como aqueles oriundos de acidente de trabalho, são privilegiados e tem ordem de preferência, até o limite de 150 salários mínimos por credor. O restante do crédito torna-se quirografário e não tem ordem de preferência.

- **Em face do empregado:**

Impenhorabilidade, salvo para pagamento de parcelas alimentícias.

6.3. Elementos da Relação de Emprego

A relação de trabalho é **gênero para designar qualquer tipo de contratação que envolva labor humano, inclusive voluntário (não-oneroso)**: a relação de emprego, o trabalho autônomo, trabalho eventual, trabalho avulso, estágio, etc.

Afirmamos acima que a relação de emprego se caracteriza pela ocorrência, na realidade, de eventos que a literatura jurídica denomina de elementos fático-jurídicos da relação de emprego. Assim, para que uma relação de trabalho seja reconhecida como relação de emprego, é preciso que, na realidade da prestação do serviço pelo trabalhador, estejam presentes os seguintes elementos: subordinação, onerosidade, pessoalidade, ser o serviço prestado pessoa física e habitualidade (art. 3º da CLT).

A. Subordinação

Para caracterizar a relação de emprego, a subordinação é um elemento muito importante, pois a sua presença/ausência diferencia a relação de emprego de outros tipos de relação de trabalho.

Numa relação de emprego, o empregado está submetido ao poder de direção do empregador que determina o modo como o trabalho deve ser executado. O empregado não tem autonomia na escolha do “como” realizar determinada atividade.

A subordinação implica num estado de dependência ou obediência do empregado à uma hierarquia de valores organizacionais da empresa; sujeição ao poder do empregador e às ordens de terceiros.

B. Onerosidade

A partir de uma perspectiva privatística da relação contratual de emprego, podemos afirmar que o contrato de trabalho é bilateral, sinalagmático (envolve prestação e

contraprestação recíprocas e economicamente mensuráveis) e oneroso. A onerosidade é facilmente comprovada através do pagamento.

A ausência da onerosidade, por exemplo, no trabalho voluntário, descaracteriza a relação de emprego. Não há relação de emprego sem o respectivo pagamento.

C. Pessoalidade e pessoa física

A prestação do serviço deve ser realizada pessoalmente por um sujeito, não podendo se fazer substituir por outro. O contrato de trabalho é instrumento firmado entre pessoas, sendo o empregado necessariamente uma pessoa física, **o que afirma a dimensão privada do contrato de trabalho.**

Atualmente, há a figura do empresário individual, que dispõe de registro fiscal e comercial específico. Nestes casos, o sujeito pode atuar profissionalmente como uma pessoa jurídica, tornando-se, deste modo, um trabalhador autônomo.

Contudo, considerando o princípio da primazia da realidade, a figura do empresário individual não pode ser utilizada para fraudar relações de trabalho. Assim sendo, se na prestação efetiva do serviço houver a presença dos elementos fático-jurídico da relação de emprego, esta pode ser reconhecida como como tal, incidindo sobre esta todas as obrigações trabalhistas previstas na CLT.

D. Habitualidade

A habitualidade significa a não-eventualidade da prestação do serviço. É um dos elementos mais problemático e discutível da relação de emprego, uma vez que a lei não é expressa na quantificação do que seria serviço habitual.

6.4. Tipos de Contrato de Trabalho

A. Definição:

Negócio jurídico tácito ou expresso mediante o qual uma pessoa natural obriga-se perante outra pessoa, natural ou jurídica, a uma prestação pessoal, não eventual, subordinada, onerosa de serviço.

B. Características:

1. Natureza privada – dos sujeitos pactuantes, bem como dos interesses envolvidos.
A imperatividade das normas trabalhistas não transforma o contrato como de direito público;

2. Contrato sinalagmático – reciprocidade entre obrigações contratuais, ensejando equilíbrio entre as contraprestações;
3. Contrato consensual;
4. Contrato personalíssimo para o empregado;
5. Contrato de trato sucessivo – as prestações centrais do contrato sucedem-se continuamente no tempo – trabalho e verbas salariais. Relação de débito permanente em função da continuidade;
6. Contrato oneroso;
7. Contrato dotado de alteridade – o risco é do empregador;
8. Contrato complexo – existência de elementos essenciais (formais), naturais (jornada) e acidentais;
9. Não poderá afrontar as condições mínimas estabelecidas pela lei em sentido amplo, abarcando os componentes normativos e jurisdicionais da ordem justralhista heterônoma (produzida pelo Estado) e autônoma (produzidas pelas partes, sindicato de empregados e empresas) que aplicáveis a determinada relação de emprego.

C. Modalidades de contratos:

- C1. Expressos ou tácitos: conforme o tipo de manifestação da vontade dos contratantes.
- C2. Por prazo indeterminado ou determinado: em razão da duração do contrato.

C1. Pelo tipo de manifestação da vontade:

- 1 Expressos – revelação explícita, geralmente escrita, pela qual as partes estipulam o conteúdo de direitos e obrigações recíprocas;
- 2 Tácitos – o contrato revela-se em função de um conjunto de atos coordenados pelas partes, indicativos da presença de uma pactuação empregatícia, sem que exista um instrumento dessa pactuação. Aplicação do princípio da primazia da realidade.

O fato do contrato de trabalho não exigir a sua formalização num instrumento escrito, não afasta a importância da documentação enquanto prova pré-constituída, cumprindo papel importante na aferição de direitos e obrigações, especialmente diante de uma reclamação trabalhista.

Há exigência da formalização contratual nos seguintes tipos: contratos de trabalho temporário (regulado pela Lei 6019/1974); contrato de artista profissional (Lei 6533/1978), contrato de atleta profissional de futebol (Lei 6354/1976), contrato provisório

de trabalho (Lei 9601/1998), contrato de experiência (entendimento jurisprudencial sobre a necessidade da forma escrita).

C.2. Em razão da duração do contrato – por prazo indeterminado e por prazo determinado:

C.2.1. Indeterminado: contrato cuja duração temporal não tenha prefixado termo extintivo, mantendo duração indefinida ao longo do tempo.

É a regra geral do sistema justralhista, pois busca dar concretude ao princípio da continuidade da relação de emprego, permitindo maior previsibilidade das relações, a possibilidade de programação e planejamento de vida do trabalhador e de sua família, maior investimento da empresa no empregado (capacitação, promoções), confiança mútua, dentre outros benefícios.

Por ser a regra geral há presunção jurídica de que o contrato de trabalho é por prazo indeterminado, em qualquer contexto empregatício, uma vez que as situações de contrato por prazo determinado são excepcionais e, assim, reguladas expressamente por lei.

Efeitos jurídicos dos contratos por prazo indeterminado:

1. Sobre a interrupção e suspensão: no contrato por prazo indeterminado, há repercussão plena sobre os fatores normativos de interrupção e suspensão. Quer isso dizer que todas as causas que ensejam a interrupção e a suspensão do contrato de trabalho como, por exemplo, o afastamento previdenciário por doença, a licença-paternidade, a licença-luto, o serviço militar obrigatório, aplicam-se plenamente no contrato por prazo indeterminado.
2. Sobre estabilidades e garantias de emprego: o contrato por prazo indeterminado inviabiliza a ruptura arbitrária do contrato até o fim da garantia ou estabilidade, ou seja, não há extinção do contrato caso o empregado se encontre em situação especial que gera estabilidade como, por exemplo, o dirigente sindical, ciperio, diretor de cooperativa obreira, a gestante, o acidentado. A maioria dessas situações enseja, em caso de demissão sem justa causa, a reintegração ou indenização.
3. Sobre o número de parcelas rescisórias incidentes no instante da ruptura contratual: no contrato por prazo indeterminado incidem mais parcelas rescisórias do que nos contratos a termo, pois a estes não são aplicáveis todos os direitos trabalhistas previstos para o contrato de emprego por prazo indeterminado. Por exemplo, não é aplicável no contrato a termo o aviso prévio de 30 dias, que se

projeta no contrato, ampliando o tempo de serviço; não se aplicam os 40% de multa sobre o FGTS, não é obrigatório o pagamento de outras indenizações adicionais, apenas daquelas que foram ajustadas previamente

Na dispensa imotivada, o contrato por prazo indeterminado incorpora maior número de parcelas rescisórias: aviso prévio; férias proporcionais; 13º salário, proporcional; levantamento dos depósitos do FGTS; multa de 40% sobre os depósitos do FGTS; e indenização adicional, quando a dispensa se consumir no trintídio anterior a data-base, liberação das guias de seguro-desemprego.

Por outro lado, no pedido de demissão há restrição significativa das parcelas rescisórias, sendo devidas as seguintes: 13º salário proporcional; e férias proporcionais.

Na dispensa com justa causa, que se dá em razão do empregado ter cometido falta grave, que gere prejuízo ao empregador e a perda da confiança, o empregado tem drasticamente reduzido seus recebimentos, os quais serão apenas férias vencidas e saldo de salário. As causas de dispensa com justa causa estão taxativamente elencadas no artigo 482, da CLT.

Em caso de extinção do estabelecimento, aplicam-se os mesmos efeitos da dispensa imotivada (sem justa causa), Caso seja por falência, como vimos acima, o crédito trabalhista tem preferência em relação a outros, até o limite de 150 salários por empregado credor no processo de falência ou recuperação judicial.

C.2.2. Contrato a termo ou por prazo determinado: neste caso, a duração temporal é preestabelecida desde o nascimento do pacto, estipulando como certa a data de extinção do contrato. Há exigência de contrato expresso (escrito), sob pena de presunção da regra geral (contrato por prazo indeterminado).

Os contratos a termo, por serem exceções, submetem-se as hipóteses legais tipificadas:

1. Art. 443, §2º, CLT – três hipóteses:

2º - O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando:

- a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo;*
- b) de atividades empresariais de caráter transitório;*
- c) de contrato de experiência.*

É possível o contrato a termo em função da natureza do serviço ou em razão da atividade econômica realizada pela empresa ser transitória. Por exemplo, feiras industriais, comerciais ou agropecuárias; vendas de fogos de artifício.

2. Lei 6019/1974 – trabalho temporário:

Art. 2º - Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou à acréscimo extraordinário de serviços

Exemplos: contratação para substituição de empregados permanentes (licenças, férias, afastamentos); contratação para acréscimo extraordinário e provisório dos serviços empresariais (compras natalinas).

3. Lei 9601/98 – Contrato provisório –

Art. 1º As convenções e os acordos coletivos de trabalho poderão instituir contrato de trabalho por prazo determinado, de que trata o art. 443 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, independentemente das condições estabelecidas em seu § 2º, em qualquer atividade desenvolvida pela empresa ou estabelecimento, para admissões que representem acréscimo no número de empregados.

Conforme nos ensina a literatura jurídica justrabalhista, a Lei 9601/98 implicou na flexibilização do ordenamento para ampliar a possibilidade do contrato por prazo determinado para toda e qualquer atividade desenvolvida pela empresa, desde que a contratação represente aumento no número de empregados.

4. Contrato de atleta profissional de futebol e de artistas profissionais

5. Contrato de experiência

O prazo do contrato a termo não poderá ultrapassar dois anos e, caso o contrato seja prorrogado mais de uma vez, tácita ou expressamente, este passará a vigorar sem determinação de prazo.

Quanto aos efeitos rescisórios dos contratos a termo, as parcelas devidas pelo empregador são mais restritas. Vejamos.

Em caso de extinção normal do contrato a termo, ou seja, em face do decurso do prazo estipulado, são devidas as parcelas de 13º salário proporcional e férias proporcionais com 1/3 e o FGTS.

Contudo, em caso de extinção anormal, há três hipóteses:

A. Dispensa antecipada do empregador: incide o 13º salário proporcional e férias proporcionais com 1/3 + FGTS + multa de 40% + multa do art. 479, CLT (como indenização, **é devida metade da** remuneração a que o empregado teria direito de receber até o termo do contrato).

B. Pedido de demissão: 13º salário e férias proporcionais. E, ainda, poderá o empregado ter de pagar ao empregador uma indenização em razão da extinção antecipada por vontade do empregado, nos limites da que teria direito de receber o empregado, nos termos do artigo 479, CLT.

6.5. Objetivos do Aprendizado

1. Compreender como a historicidade do ramo justralhista se dá no bojo das relações capitalistas de produção;
2. Entender as particularidades da formação do direito do trabalho no Brasil;
3. Conhecer os princípios que dirigem a elaboração e a aplicação do direito trabalhista no Brasil;
4. Identificar os elementos caracterizadores do contrato de emprego;
5. Diferenciar os diferentes tipos de contrato de emprego.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 2006.

_____. *Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*. 16ª ed. São Paulo: Cortez Editora, 2015.

BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. *Revista Brasileira de Ciência Política*, nº11. Brasília, maio - agosto de 2013, pp. 89-117

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITTAR, Eduardo C. B. (org.). *História do Direito Brasileiro: leituras da ordem jurídica nacional*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. A ética dos direitos humanos. In: BITTAR, Eduardo C. B. (org.) *Ética, Educação, Cidadania e Direitos Humanos*. Barueri/SP: Manole, 2004.

_____. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

_____. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOURDIEU, Pierre. *A reprodução: elementos para uma teoria do sistema de ensino*. Tradução Reynaldo Bairão. 6ª edição. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2013. Capítulo 4, p. 206-251.

_____. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007

COMPARATO, Fabio Konder. *A civilização capitalista*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 15ª ed. São Paulo: LTr, 2016.

FARIA, J. E. *O Direito e o Estado depois da crise*. São Paulo, Saraiva/FGV, 2010.

_____. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo, Saraiva/FGV, 2ª edição, 2012. MARTINEZ, Luciano. In: *Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas de trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2016.

FERRAZ JUNIOR, Tercio *Introdução ao estudo do direito : técnica, decisão, dominação*. 8ª. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história - lições introdutórias*, São Paulo, Max Limonad, 2011.

MALDONADO-TORRES, Nelson. A topologia do Ser e a geopolítica do conhecimento. Modernidade, império e colonialidade. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 80, Março 2008: 71-114

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Curso de Direito Tributário*. Vol II. 5ª ed. São Paulo, CEJUP, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 32ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2011.

QUIJANO, Anibal. A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. Buenos Aires, 2005.

REALE, Miguel. *Horizontes do Direito e da História*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um Discurso sobre as Ciências*. 7ª edição .São Paulo: Editora Cortez, 2010.

_____. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. *Lua Nova*, n° 39, 1997, pp. 105-124. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451997000100007>.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*, 2.ed. Rio de Janeiro, Forense, 2008.

_____. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.



Universidade Federal da Bahia

Instituições de Direito Público e Privado

Instituições de Direito Público e Privado é uma disciplina que pode ser descrita como uma síntese que sistematiza conhecimentos jurídicos, filosóficos, sociológicos, históricos, antropológicos e econômicos, valendo-se de tais conhecimentos para apresentar uma visão geral que permita claramente ao estudante observar as relações do direito com o poder, favorecendo a construção de um olhar crítico sobre as instituições.



PROGRAD
PRÓ-REITORIA DE GRADUAÇÃO



Ciências Contábeis
UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

