

ARGUMENTUM
ASPECTOS ECONÔMICOS DO DIREITO DO ESTADO

REVISTA DE DIREITO

8

Unimar
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

ARGUMENTUM
ASPECTOS ECONÔMICOS DO DIREITO DO ESTADO

REVISTA DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

ARGUMENTUM – ASPECTOS ECONÔMICOS DO DIREITO DO
ESTADO - Revista de Direito – Universidade de Marília.

Volume 08 – Marília: UNIMAR, 2008.

Semestral.

ISSN – 1677-809X

Direito – Periódico. I. Faculdade de Direito de Marília –

UNIMAR

CDDir 340

Editora Arte & Ciência
Rua dos Franceses, 91 – Morro dos Ingleses
São Paulo – SP - CEP 01329-010 Tel.: (011)
11-3258-3153
www.arteciencia.com.br

Editora UNIMAR
Av. Higyno Muzzi Filho, 1001
Campus Universitário - Marília - SP
Cep 17.525-902 - Fone (14) 2105-4005
www.unimar.br

Unimar
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

Papel reciclado: a Universidade de Marília preservando o meio ambiente.

Unimar

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

REITOR

Prof. Márcio Mesquita Serva

VICE-REITORA

Prof^a Regina Lúcia Ottaiano Losasso Serva

PRÓ-REITOR DE GRADUAÇÃO

Prof. José Roberto Marques de Castro

PRÓ-REITORA DE PÓS-GRADUAÇÃO

Prof^a Dr^a Suely Fadul Villibor Flory

COORDENADORA DO PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

Prof^a Dr^a Soraya Regina Gasparetto Lunardi

COORDENADORA DO CURSO DE GRADUAÇÃO DE DIREITO

Prof^a Dr^a Francis Marília Pádua Fernandes

Endereço para correspondência
ARGUMENTUM

REVISTA DE DIREITO - UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

Av. Higyno Muzzi Filho, 1001

MARÍLIA – SP – CEP 17525-902 – BRASIL

Telefone: (0xx14) 2105-4005 – fax: (0xx14) 3433-8691

ARGUMENTUM
ASPECTOS ECONÔMICOS DO DIREITO DO ESTADO

REVISTA DE DIREITO

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

CONSELHO EDITORIAL

1. Dr. Achim Ernest Rörhmann

Membro do Gemeinsame Juristische Prüfungsamt der
Länder Berlin und Brandenburg

2. Dr. Dimitris Christopoulos

Universidade de Panteion (Atenas)

3. Dr. Gustavo José Mendes Tepedino

Universidade Estadual do Rio de Janeiro

4. Dr. Jorge Esquirol

Universidade Internacional da Flórida – USA

5. Dr^a Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira

Universidade de Marília

6. Dr. John Milios

Universidade Politécnica Nacional (Atenas)

7. Dr. Leonardo Greco

Universidade Gama Filho

8. Dr. Luiz Edson Fachin

Universidade Federal do Paraná

9. Dr^a Maria de Fátima Ribeiro

Universidade de Marília

10. Dr. Paulo Roberto Pereira de Souza

Universidade de Marília

11. Profa. Rita Loureiro da Universidade

Centro Universitário Salesiano do Estado de São Paulo

Direção da Revista ARGUMENTUM

Prof^a Dr^a Maria de Fátima ribeiro

Coordenação Editorial

Prof^a Dr^a Soraya Regina Gasparetto Lunardi

Coordenação Editorial e Preparação de Texto

Prof^a Dr^a Walkiria Martinez Heinrich Ferrer

ARGUMENTUM
REVISTA DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA
Publicação Semestral – Distribuição Gratuita – Pede-se Permuta
Ano 2008.1º semestre - Volume 8
MARÍLIA – ESTADO DE SÃO PAULO – BRASIL

Sumário

APRESENTAÇÃO	11
DOCTRINA	
PARTE TEMÁTICA	
ASPECTOS ECONÔMICOS DO DIREITO DO ESTADO	
Elementos de definição da função econômica do direito Dimitri DIMOULIS	17
O princípio da capacidade contributiva das empresas no Brasil Sérgio KARKACHE	43
A cidade: um projeto de exclusão social Adir Ubaldo RECH	69
Estado de direito e/ou razão de estado em 2007: “a legitimação do direito de exclusão” Vinício Carrilho MARTINEZ	77
Estado, soberania e poder: uma visão a partir da sociedade internacional Silvana COLOMBO	97
PARTE GERAL	
A carta política e o seu poder ponente a partir de uma visão universalista Alexandre Coutinho PAGLIARINI	115
O princípio da relatividade dos efeitos contratuais e suas mitigações Rodrigo MAZZEI	135

**RESUMOS DAS DISSERTAÇÕES DEFENDIDAS EM 2008
(PARCIAL)**

A intervenção indireta do estado sobre o domínio econômico: o regime jurídico das agências reguladoras e sua contribuição para o projeto de desenvolvimento econômico-social brasileiro.
Yslyg Abreu VELOSO.....171

Tributação extrafiscal e intervenção econômica: uma análise concorrencial dos convênios interestaduais de icms e do simples nacional.
Glauco Lubacheski de AGUIAR.....172

Intervenção do estado como agente regulador e fiscalizador da atividade econômica: prostituição
Karine Alves Gonçalves MOTA.....173

A defesa da livre concorrência e do consumidor enquanto princípios da ordem econômica no estado democrático de direito.
Adriana Aparecida da SILVA.....174

A utilização do judiciário para questionar e obrigar a administração a desenvolver políticas públicas
Gilberto Ferreira da ROCHA.....176

Intervenção do estado na ordem econômica: políticas públicas e responsabilidade social no terceiro setor
Heraldo Felipe de FARIA.....178

Conflitos jurídicos derivados das relações de consumo nas concessões de serviços públicos: uma perspectiva integrada
Fernando Vidotti FAVARON179

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO 181

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO 187

APRESENTAÇÃO

Aproximando-se dos dez anos de publicação ininterrupta, a *Revista Argumentum* apresenta-se consolidada como veículo de divulgação de trabalhos não somente do corpo docente e discente do curso, mas também de renomados pesquisadores nacionais e internacionais.

No intuito de aprimorar a qualidade da Revista, a publicação de seu oitavo volume coincide com uma série de mudanças estruturais.

Em primeiro lugar, a revista terá, doravante, periodicidade semestral, como resposta ao sensível aumento de textos de qualidade recebidos nos últimos meses, que impossibilita sua inclusão em um único volume.

Em segundo lugar, deu-se a consolidação do sistema de avaliação *double-blind-peer-review*. Além da costumeira avaliação pelo conselho editorial, todos os textos recebidos serão avaliados, de maneira anônima, por dois especialistas externos com titulação igual ou superior àquela do autor, mediante circunstanciado parecer que será utilizado como base para a aceitação do artigo e eventuais modificações.

Em terceiro lugar, foi introduzida uma estrutura tripartida. Na primeira parte serão publicadas pesquisas sobre um tema específico, sempre relacionado com a área de concentração do Programa de Mestrado; na segunda, pesquisas atuais e originais sobre temas jurídicos e na terceira, a publicação parcial dos resumos de dissertações defendidas.

Inaugurando a nova fase da Revista, também sinalizada por um novo projeto gráfico, o presente número traz textos em torno da temática “Aspectos econômicos do direito do Estado”.

Reiteramos o convite aos estudiosos do direito e das ciências sociais para que enviem trabalhos de pesquisa originais, seguindo as “normas para publicação” informadas no presente número.

Soraya Gasparetto Lunardi
Coordenadora do Mestrado da Direito da Unimar
Coordenadora Editorial da Revista Argumentum

DOCTRINA

PARTE TEMÁTICA

Aspectos Econômicos do Direito do Estado

ELEMENTOS DE DEFINIÇÃO DA FUNÇÃO ECONÔMICA DO DIREITO

ELEMENTS OF DEFINITION OF ECONOMIC LAW

Dimitri DIMOULIS

Mestre em Direito Público pela Universidade Paris-I Sorbonne. Doutor e pós-doutor em Direito pela Universidade do Sarre (Alemanha). Professor da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Professor visitante da Universidade Panteion e da Universidade Politécnica de Atenas. Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais (IBEC).

Resumo

O presente trabalho estuda as funções econômicas dos regulamentos jurídicos com ênfase no atual período da globalização. São indicadas as vantagens da abordagem *pragmatista*, que descreve as normas jurídicas que incidem sobre a atividade econômica, sem prescrever determinada finalidade à “Constituição econômica”. Em seguida, são examinadas várias teorias sobre a relação entre direito e economia, indicando-se o papel constitutivo que exerce o direito em âmbito econômico.

Palavras-chave: constituição econômica; economia; ordem econômica.

Abstract

This paper analyzes the economic functions of the legal regulations especially in the era of “globalization”. We discuss the advantages of the pragmatic approach which describes the legal regulations on the economic activity without prescribing any purpose to the “Economic constitution”. We examine some theories about the relationship between Law and Economics, indicating the constitutive role of law for the economy.

Key words: economic constitution; economics; economic order

1 Tendências à desativação econômica das fronteiras nacionais

A construção dos Estados nacionais fundamentou-se, em larga medida, no princípio que podemos denominar *ativação econômica das fronteiras nacionais*. Isso levou a uma configuração *nacional* das trocas econômicas e das estruturas de produção, que se relaciona à atribuição de um papel econômico crucial às fronteiras nacionais.

A importação de produtos e serviços foi regulamentada, fiscalizada e restringida mediante controles de qualidade, limitações quantitativas, taxas de importação e outras “formalidades” com custo econômico. Atravessar uma fronteira nacional tornou-se um ato dificultoso. A única finalidade dessas medidas de controle é a proteção do espaço econômico nacional, restringindo-se a livre concorrência a favor da economia interna-nacional.

O âmbito da economia nacional encontrava-se também internamente regulamentado mediante limitações da liberdade de atuação econômica. A legislação trabalhista, os controles estatais de qualidade, os incentivos para a reestruturação da produção em determinados setores, a política de encomendas e os contratos administrativos, o apoio a setores econômicos em dificuldade permitiam reorientações da vida econômica, conforme decisões políticas do Estado que, tradicionalmente, exercia uma política econômica.

Como regime de produção, a globalização sinaliza o fim desses princípios. Em situação de perfeita globalização, as fronteiras nacionais devem ser economicamente desativadas, deixando de funcionar como pontos de controle dos fluxos econômicos e como delimitação do espaço de produção nacional.

A globalização econômica não permite, *v.g.*, financiar com recursos públicos um sistema de aposentadoria deficitário ou garantir sistemas de renda mínima para todos os cidadãos. Isso é possível no espaço protegido de uma economia nacional que permite, mediante a regulação dos fluxos econômicos, que o Estado apoie setores de produção ou grupos sociais em dificuldade. No âmbito de uma abertura generalizada, que retira do Estado os instrumentos de controle do processo econômico, a manutenção de políticas de intervenção econômica com alto custo significa prejudicar a economia nacional. Isso pode ocorrer diretamente mantendo altos custos de produção em comparação com concorrentes estrangeiras, ou indiretamente, déficit público financiado com empréstimos externos, provocando o aumento dos impostos para o serviço da dívida e, como consequência final, prejuízos dos agentes econômicos nacionais.

Em paralelo, um regime de globalização impede a implementação de políticas econômicas que dão preferência ao capital ou aos trabalhadores de certo país, pois isso constitui uma intervenção estatal que impede a livre concorrência entre produtores e trabalhadores do mundo.

Em ambos os casos, os Estados nacionais perdem, voluntariamente ou não, a capacidade de cumprir o papel de regulador, obrigando-se a iniciar um processo de intensa *desregulamentação* dos processos econômicos.

A globalização pode ser compreendida como um processo com três dimensões: constitui a *abertura* de espaços até então protegidos com as fronteiras; constitui sua *integração* em um sistema econômico

mundial e também um processo de desregulamentação política, já que as instituições políticas desregulamentadas não são substituídas, em nível macrorregional ou global, por semelhantes instituições de regulação dos processos econômicos e sociais. (ALTVATER; MAHNKOPE, 1999, p. 119)

O problema que se coloca nesse âmbito é a transformação do quadro jurídico da atividade econômica, permanecendo em aberto a questão se deve reinar a “anarquia” da liberdade ou se é possível criar normas internacionalmente vinculantes e capazes de regulamentar, ainda que de maneira minimalista, a atividade econômica. No âmbito da erosão do poder estatal-nacional, a pergunta é se há possibilidade de *universalizar* normas e institutos econômicos nacionais e de redefinir as características (amplitude e conteúdo) da atividade legislativa (JOERGES, 1994, p. 360).

As propostas de globalização e abolição das fronteiras nacionais adotam uma ótica econômica conhecida como liberalismo econômico ou neoliberalismo, fundamentada na ideia da liberdade econômica dos atores do mercado, sem interferência estatal. Na perspectiva do liberalismo político, ao contrário, a orientação neoliberal causa inquietação porque cria centros de poder isentos de controle e desvinculados dos sistemas de contrapesos. Um adepto do liberalismo político pode rejeitar as tendências da globalização, referindo-se criticamente ao “despotismo do mercado” e requerer medidas de controle dos movimentos internacionais de produtos e capitais. Nesta perspectiva, encontramos propostas de reestruturação do poder nacional (primazia do interesse nacional) e também propostas de realização de acordos internacionais, com a finalidade de controlar os movimentos econômicos (solidariedade internacional).¹

Além das iniciativas políticas de organização da denominada “sociedade civil”, com a finalidade de controle da economia pelos cidadãos², há reivindicações concretas, tais como a imposição da taxa de Tobin. Trata-se da reativação de antiga proposta do economista estadunidense James Tobin (1918-2002) para estabelecer um acordo internacional, prevendo a imposição de uma taxa em qualquer transação que implique transferência de capital de um país a outro. Com uma taxa de transferência entre 0,25% e 0,05%, poderiam ser freados movimentos de capital de caráter especulativo ou de pressão sobre as economias nacionais. Com efeito, nos últimos anos, os movimentos do capital financeiro são realizados sem liame com investimentos concretos e permanecem em determinado país menos de uma semana (WARDE, 1997).

1 Para uma apresentação e comparação das propostas do liberalismo político e econômico, cf. DIMOULIS, 2006, p. 83-105.

2 Sobre isso podem ser consultados muitos artigos da revista *Le Monde Diplomatique*.

É interessante observar que uma taxa semelhante à proposta feita por Tobin foi instituída no Brasil com a figura do Imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira (ICMF), criado em 1993 pela Emenda Constitucional n. 3.³ Esse imposto, que, após várias transformações constitucionais e legais, vigorou até 2007 com a denominação CPMF, permitia limitar as contínuas transferências de recursos, ainda que de forma distorcida, pois taxava as transferências independentemente de sua frequência e finalidade, impondo, por exemplo, o pagamento da mesma alíquota a quem recebia seu salário em conta bancária e a quem investia na Bolsa de Valores.

É indicativo da força política de imposição das receitas do neoliberalismo no Brasil o fato de que, a partir de 2002, tal imposto passou a *não* ser cobrado em caso de movimentações financeiras de finalidade especulativa, em virtude do art. 85 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, introduzido pela Emenda Constitucional n. 37, de 12-6-2002.⁴

A CPMF foi cobrada em praticamente todas as transações que envolviam particulares, com exceção daquelas que um amplo movimento de cidadãos e economistas deseja controlar mediante um imposto da mesma natureza e alíquota! Quem usava recursos econômicos para consumo pessoal ou para investimentos produtivos era submetido ao imposto. Quem usava os mesmos recursos para fins de especulação gozava de isenção – e possuía maiores possibilidades de sonegação, pois a isenção permite que as transações econômicas não deixem traços que facilitarão o trabalho de fiscalização das autoridades tributárias. Não poderia ser dado um exemplo mais claro de incentivo à especulação do capital financeiro.

Em âmbito jurídico, o liberalismo político exprime sua crítica à liberdade total do mercado com concepções *ordo-liberais*. O termo *Ordoliberalismus* foi cunhado na Alemanha por economistas como Walter Eucken (1891-1950) e juristas como Franz Böhm (1895-1977) para designar uma versão do liberalismo político que objetiva evitar o risco de um “despotismo” exercido pelos detentores de capital e, por consequência, de poder privado.

3 O imposto foi implementado mediante a Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993.

4 “Art. 85. A contribuição a que se refere o art. 84 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não incidirá, a partir do trigésimo dia da data de publicação desta Emenda Constitucional, nos lançamentos: I - em contas correntes de depósito especialmente abertas e exclusivamente utilizadas para operações de: [...] c) sociedades anônimas que tenham por objeto exclusivo a aquisição de créditos oriundos de operações praticadas no mercado financeiro; II - em contas correntes de depósito, relativos a: a) operações de compra e venda de ações, realizadas em recintos ou sistemas de negociação de bolsas de valores e no mercado de balcão organizado; b) contratos referenciados em ações ou índices de ações, em suas diversas modalidades, negociados em bolsas de valores, de mercadorias e de futuros; III - em contas de investidores estrangeiros, relativos a entradas no País e a remessas para o exterior de recursos financeiros empregados, exclusivamente, em operações e contratos referidos no inciso II deste artigo.”

O ordo-liberalismo propõe uma regulamentação prévia e geral das condições da atividade econômica, criando uma situação institucional que propicia o desenvolvimento ordenado e equilibrado da atividade econômica. Não se trata somente de adotar políticas legislativas de correção das disfuncionalidades do mercado graças a medidas pontuais, introduzindo, por exemplo, salários mínimos ou horários de trabalho, que limitam a liberdade contratual a favor do bem-estar dos trabalhadores, mesmo se o mercado não o permite.

O ordo-liberalismo deseja elaborar uma *Constituição econômica* (*Wirtschaftsverfassung*), que expresse de forma sistemática, ordenada e controlada, as leis do mercado, limitadas e corrigidas segundo considerações políticas. Dessa forma, os ordo-liberalistas objetivam evitar o intervencionismo aleatório do Estado que obedece a interpelações conjunturais e emergenciais, criando entraves ao funcionamento do mercado.

Em paralelo, o ordo-liberalismo propõe recorrer a meios impositivos (normativização jurídica), no intuito de mitigar o liberalismo econômico do *laissez-faire* em vista de interesses gerais. Trata-se de fixar, mediante normas “constituintes” nacionais e internacionais, as finalidades da atividade econômica, tendo como princípio regulador o bem-estar de comunidades, locais ou nacionais ou mesmo da comunidade internacional.⁵

Nessa perspectiva, o Estado (ou a comunidade internacional) atua como instância constitutiva da atividade econômica mediante sua Constituição econômica. O direito que emprega medidas autoritárias (mandamentos com ameaça de sanção) não deve desprezar os dados estruturais de uma economia fundada na iniciativa privada, isto é, o princípio da autodeterminação dos agentes econômicos. Mas isso não impede que esses agentes exerçam sua liberdade de ação no quadro pré-definido da atividade econômica, ditado por considerações de equilíbrio e bem-estar geral.

Dessa forma, o liberalismo político, na figura do ordo-liberalismo, leva em consideração a referência coletiva da atividade econômica. Sem abdicar da primazia do indivíduo, de sua vontade e capacidade de tomar decisões, os partidários do

⁵ Sobre as ideias ordo-liberais, cf. MESTMÄCKER, 1984; REICH, 1977, p. 36-47; JOERGES, 1994, p. 324-327, 358. Muitos ordo-liberais alemães (“Escola de Friburgo”) adotam posições de liberalismo econômico (neoliberalismo), pois consideram que o princípio central da Constituição econômica (*Wirtschaftsverfassung*) é a defesa da livre concorrência e rejeitam regulamentações jurídicas de cunho social, alegando que isso constitui o “caminho da escravidão” (HAYEK, 1980; 1981; KÜBLER, 1994, p. 369-370, 376). Mas isso não impede uma interpretação extensiva da visão ordo-liberal sobre os limites da intervenção econômica do Estado. Além disso, os ordo-liberais indicam a necessidade de estabelecer garantias jurídicas dos princípios reguladores da economia, preocupação que se exprime com a vontade de combater a concentração econômica, que, sob o pretexto de liberdade de ação, distorce a livre concorrência, anulando a liberdade do mercado mediante atos do próprio mercado (e não do Estado).

liberalismo político consideram que o bem-estar deve ser atingido mediante ações que respeitem a prévia definição do “sentido coletivo” da economia privada pelo Estado, mediante o direito. O legislador deve decidir sobre o papel econômico das fronteiras nacionais, escolhendo um caminho nacionalista ou “globalizado” ou, como ocorre na prática, uma combinação de ambos, para em seguida decidir sobre o papel do Estado no funcionamento interno da economia.

2 Características gerais da “constituição econômica”

A ordenação da economia em um Estado liberal se realiza fundamentalmente mediante normas constitucionais. Isso é devido a duas razões. Primeiro, porque o liberalismo político hoje predominante posiciona-se a favor do estabelecimento de condições e limites fixos da atividade econômica (condições-quadro, *Rahmenbedingungen*) que deveriam se encontrar no texto constitucional, gozando da estabilidade temporal que oferece a rigidez constitucional.

Segundo, porque as regulamentações econômicas limitam direitos fundamentais dos agentes econômicos, principalmente a propriedade e a livre atividade econômica. Nesse sentido, necessitam de embasamento constitucional, atuando como *leges speciales* em relação aos referidos direitos fundamentais. Para analisar a Constituição econômica devemos inicialmente esclarecer que existe, hoje, um *direito constitucional mundial* que possui duas dimensões, em grande medida simétricas:

a. *Direito constitucional nacional*. Apesar das especificidades, as Constituições nacionais adotam as mesmas matrizes de organização do Estado e de suas relações com os indivíduos: contêm uma lista de direitos fundamentais e organizam o poder político segundo as regras da tripartição das funções e de eleição democrática do poder legislativo (não se excluindo a eleição popular da cúpula do poder executivo e de partes do poder judiciário).

As diferenças que se constatarem entre as Constituições nacionais são de menor importância e, quase sempre, adotam um dos termos das alternativas típicas do constitucionalismo: parlamentarismo ou presidencialismo; Estado unitário ou federal; controle de constitucionalidade concentrado ou difuso (ou combinação de ambos). Ao mesmo tempo, constata-se uma intensa comunicação internacional entre os doutrinadores do direito constitucional. Nesse sentido, podemos falar em uma cultura constitucional comum a todos os países. Referir-se ao direito constitucional brasileiro ou argentino não faz muito mais sentido do que referir-se à cardiologia brasileira ou argentina. As pessoas, as instituições e os detalhes de procedimento são diferentes, mas o conteúdo essencial não apresenta consideráveis diferenças.

b. *Direito constitucional internacional*. Aqui encontramos as regras constitutivas das organizações internacionais e supranacionais que seguem o modelo das Constituições nacionais. Seus criadores e principais sujeitos são os Estados nacionais; sua finalidade central é a solução de conflitos entre nações, a intensificação da integração entre Estados (segundo o modelo ideal de uma federação), a organização de instâncias centrais de decisão e a tutela universal dos direitos individuais. Por essa razão, podemos afirmar que o direito constitucional internacional apresenta grandes semelhanças com as constituições nacionais.

Um dos componentes centrais do direito constitucional mundial é a Constituição econômica internacional (*internationale Wirtschaftsverfassung*), que consiste em um conjunto de normas provenientes de vários titulares de soberania e estabelece os princípios da integração econômica mundial, respeitando a soberania nacional (LANGER, 1995).

A Constituição econômica inclui as normas formal ou materialmente mais importantes do direito econômico, isto é, os princípios da atividade econômica que são constitutivos em virtude de sua relevância estruturante e de sua primazia jurídica, pois se encontram formulados nas Constituições ou em textos internacionais com semelhante função.⁶

Por sua vez, o termo “direito econômico” refere-se à regulamentação jurídica da economia. O termo aparece no final do século XVIII em muitos países da Europa continental com sistema econômico capitalista, sendo em seguida adotado nos países da América Latina e, com maior intensidade, nos países socialistas (KÜBLER, 1994, p. 366-368; SOUZA, 1999, p. 48-52).

Em relação ao seu objeto geral, podemos distinguir três abordagens que se relacionam com as diferentes concepções sobre o significado da regulamentação jurídica da economia:⁷

a. Abordagem *normativa-social*, que considera objeto do direito econômico as intervenções estatais, no intuito de corrigir os mecanismos do mercado, modificando parcialmente seus resultados.

b. Abordagem *normativa-liberal*, que considera objeto o estudo da Constituição econômica, que garante a livre concorrência, fiscalizando situações tendencialmente monopolistas.

c. Abordagem *descritiva-pragmatista*, que observa as normas jurídicas vigentes que incidem sobre a formação e a direção da atividade econômica

⁶ Cf. a definição da Constituição econômica em MOREIRA, 1978, p. 135-151; REICH, 1977, p. 74-77.

⁷ Seguimos a tripartição proposta por KÜBLER, 1994, p. 368-372, que apresenta clareza conceitual, evitando as exposições casuísticas de intermináveis definições. Para uma apresentação casuística, cf. SOUZA, 1999, p. 38-45.

(*wirtschaften*), sem prescrever determinada finalidade e sem fixar limites à ordenação jurídica da economia.

Pergunta-se se o direito econômico possui autonomia de objeto. Devemos descartar, de plano, o argumento dogmático. O direito econômico não pode existir (ou deixar de existir) como ramo do direito em virtude de uma previsão constitucional. Contudo, esse argumento foi apresentado como fundamento da “autonomia disciplinar” do direito econômico (SOUZA, 2002, p. 205; GRAU, 2002, p. 178), após a inclusão do “direito econômico” entre as matérias de competência legislativa concorrente previstas no art. 24, inciso I da Constituição Federal. Ora, uma referência constitucional não influencia a existência objetiva de um ramo do direito e, de qualquer forma, a referência ao direito econômico não significa que haja autonomia cognitiva, metodológica ou outra desse setor de regulamentação.

Independentemente das propostas interpretativas que devem formular os intérpretes da Constituição para operacionalizar juridicamente esse dispositivo (em que sentido o direito econômico teria um campo de incidência diferente do direito empresarial ou administrativo?), a existência ou não de um ramo do direito é um problema de teoria geral do direito, que elabora os critérios para tanto, e independe da vontade de determinado legislador.

Para analisar a autonomia do direito econômico devemos inicialmente examinar se ela possui um objeto de estudo claramente delineado. Grande parte da doutrina nacional apresenta como objeto exclusivo do direito econômico a “política econômica” (GRAU, 2002, p. 286; SOUZA, 2002, p. 206). Esse posicionamento nos parece indevidamente restritivo, pois não leva em consideração dimensões relevantes do direito econômico. Para dar um exemplo, a ampla garantia da propriedade privada dos meios de produção constitui um dos pilares do direito e da ordem econômica brasileira. Dificilmente poderíamos considerar que essa garantia faz parte da política econômica do Estado, conceito este último de caráter conjuntural.

Muito mais adequado seria determinar como objeto do direito econômico o estudo dogmático e teórico-crítico das normas jurídicas que regulamentam a *ordem econômica*, estabelecendo regras de ação econômica tanto dos particulares como do Estado. Podemos definir a ordem econômica como: “Expressão de um certo arranjo econômico, dentro de um específico sistema econômico preordenado juridicamente. É a sua estrutura ordenadora, composta por um conjunto de elementos que conforma um sistema econômico”.⁸

A clareza na fixação do objeto de estudo, mediante referência à ordem econômica, oferece um argumento no sentido da autonomia do direito econômico.

8 TAVARES, 2006, p. 83. Para uma análise dos elementos conceituais da ordem econômica, cf. SOUZA, 2002, p. 116-139.

Estudar os elementos normativos que conformam ou preordenam o sistema econômico parece atividade dedicada a um específico objeto de conhecimento.⁹ Contudo, parece difícil admitir a autonomia do direito econômico sem negar as tradicionais e, a nosso ver, úteis¹⁰ distinções entre os ramos do direito. O direito econômico constitui um conjunto de normas que, segundo as classificações tradicionais, são oriundas dos mais variados ramos do direito. Suas componentes centrais são, além do direito constitucional e administrativo, o direito empresarial, o direito do trabalho e, em parte, o direito civil, ambiental, do consumidor e da propriedade imaterial.¹¹ Além disso, o estudo do direito econômico pressupõe conhecimentos multidisciplinares, principalmente de natureza econômica.

Em decorrência disso, o enfoque dado ao direito econômico não depende de sua natureza e objeto, supostamente único, e sim do interesse cognitivo e da especialização disciplinar de cada autor, que estuda determinadas partes do direito que regulamentam atividades econômicas. Isso se verifica facilmente analisando obras de vários autores, de sensibilidade juspublicista ou jusprivatista, mais jurídica ou mais econômica e sociológica.

Por essa razão, o direito econômico funciona principalmente como enfoque de interesse que permite um “corte” transversal (e bastante seletivo) de vários ramos do direito e, em geral, do saber das ciências sociais no intuito de interpretar e criticar regras jurídicas que dizem respeito à atividade econômica.

No centro das controvérsias interpretativas encontra-se o problema do conteúdo da Constituição econômica. Formular e interpretar seus princípios significa desenhar o quadro no qual devem atuar as autoridades estatais em suas intervenções econômicas e, sobretudo, determinar as margens de atuação do legislador para a elaboração da política econômica.

As referidas óticas normativas (liberal e social) procuram formular os princípios gerais de organização da atividade econômica de acordo com suas preferências ideológicas, atribuindo à Constituição econômica um significado central, ideologicamente determinado (proteção da livre concorrência ou garantia do bem-estar coletivo).

Na ótica pragmatista, aqui preferida, a Constituição econômica tem caráter pontual e fragmentário, limitando-se aos enunciados normativos de cada legislador. Em nível constitucional, o direito econômico não possui um único significado, mas resulta do conjunto dos direitos fundamentais, dos princípios e das normas de competência estabelecidas no texto constitucional. Uma medida legislativa não contraria a Constituição econômica de determinado ordenamento

9 Sobre o problema da autonomia do direito econômico, cf. SOUZA, 1999, p. 66-67.

10 Para uma defesa das tradicionais divisões do ordenamento jurídico, cf. DIMOULIS, 2007, p. 300-320.

11 Sobre os problemas de delimitação do direito econômico, cf. KÜBLER, 1994, p. 379-382.

jurídico quando viola o suposto espírito ou princípio central de ordenação econômica, mas quando entra em conflito com normas jurídicas em vigor (KÜBLER, 1994, p. 372-375). Com base nessa perspectiva pragmatista deve ser analisada a incidência normativa do direito na atividade econômica.

3 Concepção funcional-estrutural da relação entre direito e economia: a primazia da política

O grande desafio teórico que enfrentam os estudiosos do direito econômico encontra-se na determinação das possíveis relações entre as esferas do direito e da economia.

3.1 “O direito é determinado pelas relações econômicas”

Uma primeira posição afirma que o direito depende das estruturas econômicas. Essa posição se exprime com particular clareza em autores marxistas, que entendem a relação entre direito e economia com base no esquema da determinação da superestrutura jurídica pela base econômica-material (MOREIRA, 1978, p. 265 e passim; REICH, 1977, p. 52-56).

Pode-se argumentar que a predominância do mesmo modo de produção em vários países explica a semelhança dos aspectos econômicos dos respectivos ordenamentos jurídicos. Nessa ótica, a forte semelhança das Constituições nacionais econômicas dos países com predominância do modo de produção capitalista se explica em termos econômicos. A matriz comum da produção econômica e, principalmente, as necessidades de reprodução das relações de produção impõem (e ao mesmo tempo explicam) as semelhanças nos enunciados normativos constitucionais de vários países.

Essa abordagem demonstra-se insuficiente se for feito um estudo concreto e detalhado das normas da Constituição econômica em cada país, entendida esta última no sentido formal de parte da Constituição diretamente relacionada a processos econômicos.¹²

Com efeito, se em nível de princípios não encontraremos diferenças entre as Constituições dos países capitalistas (garantia da propriedade privada, da livre iniciativa, da concorrência etc.), as regulamentações concretas divergem fortemente. Isso não se verifica só em relação a normas de detalhe, por exemplo, as referentes às competências tributárias, mas também em relação a normas centrais do sistema econômico.

12 TAVARES, 2006, p. 71-81; SOUZA, 2002, p. 22-24; BERCOVICI, 2006, p. 11-43.

Basta citar o exemplo da Lei Fundamental alemã de 1948, que, apesar de regulamentar a economia de um país que desenvolveu uma das mais eficientes redes de proteção social das classes populares (Estado social), não incluiu em seu texto a garantia de direitos sociais. Ao contrário, países como o Brasil, que são marcados por enormes deficiências na política social, incluem no texto constitucional um extenso rol de direitos sociais, apesar da pré-programada ineficiência.

Como explicar essas diferenças usando o argumento da estrutura econômica, que supostamente determina o direito? Se a sociedade alemã admitiu fortes limitações patrimoniais impostas aos agentes econômicos em decorrência da política social e, apesar disso, silencia em seu texto supremo, como explicar que, no Brasil, onde a política social enfrenta a firme oposição dos grupos de poder, incluiu-se no texto constitucional uma extensa lista de direitos sociais, que possuem densidade normativa comparativamente alta¹³ e forte imperatividade, porque são garantidos – pelo menos teoricamente – pelo mandado de injunção?

Mesmo em relação aos princípios, as Constituições de países economicamente semelhantes utilizam diferentes estratégias de garantia normativa do sistema econômico. No âmbito de uma comparação de textos constitucionais encontramos desde o quase absoluto silêncio sobre a parte econômica, no caso da Constituição Federal dos Estados Unidos, até a proximidade da Constituição portuguesa, passando pelas mais variadas estratégias intermediárias. Como afirmar que o direito é determinado pela economia, se constatamos grandes e relevantes evidentes disparidades em nível normativo e de implementação?

Em segundo lugar, podemos observar que a ocorrência de significativas mudanças estruturais no regime econômico de um país não é sempre acompanhada de modificações dos enunciados da parte econômica da Constituição. Esse fenômeno permitiu afirmar que existiria uma Constituição econômica “neutra”, que poderia conciliar-se tanto com o regime capitalista, em todas as suas variações estruturais e conjunturais, como com um regime socialista.¹⁴ Sem adentrar o debate, interessa constatar que a Constituição econômica nem sempre corresponde à base econômica, situação essa que invalida a tese da determinação do direito pela economia.

13 Sobre o conceito da densidade normativa, cf. DIMOULIS, 2007, p. 83-86.

14 Sobre o debate alemão cf. KRÖLLS, 1994, p. 1-19. Segundo a opinião que prevaleceu, a Lei Fundamental (*Grundgesetz*) não é economicamente neutra, isto é, não aceita qualquer sistema econômico. Mas tampouco consagra como princípio central da atividade econômica a livre concorrência típica do capitalismo liberal. Tal consagração levaria à inconstitucionalidade de importantes elementos do direito econômico, tais como a possibilidade dos trabalhadores de influenciar, mediante suas organizações, as decisões das empresas e a atuação do Estado pela “direção” da atividade econômica, com incentivos ou sanções segundo considerações de interesse geral. Cf. KÜBLER, 1994, p. 372-375.

Seria pouco provável encontrar um país comunista cuja Constituição garanta a propriedade privada e a livre concorrência ou um país capitalista cuja Constituição imponha o planejamento econômico no setor privado. Abstraindo de situações de extremo descompasso entre o direito e a economia, podemos afirmar que o estudo empírico das Constituições econômicas invalida a tese do espelhamento da economia no direito, pois é impossível deduzir as características do sistema produtivo da leitura da Constituição. Isso indica a necessidade de pensar de outra forma as relações entre o direito e a economia.

Seja como for, é consensual entre os especialistas e corresponde ao senso comum a tese de que as mudanças no regime econômico acarretam profundas modificações na regulamentação jurídica da economia. Caso contrário, o direito permaneceria letra morta ou perderia sua credibilidade normativa, sendo formalmente aplicado, mas constantemente adaptado à realidade econômica por obra dos intérpretes.

Por outro lado, encontra também consenso a tese de que a atividade econômica deve fundamentar-se em normas jurídicas que não só contrariem a vontade de agentes econômicos, mas que também tentem modificar tendências de evolução dos mercados e setores de produção, proíbam ou limitem atividades.

Essa constatação, aparentemente paradoxal, adquire seu pleno significado se pensarmos na finalidade geral do direito, muitas vezes ocultada pelas abordagens idealistas, largamente dominantes, que postulam a harmonia entre ser e dever ser, isto é, entre o sistema normativo jurídico e as relações sociais.

Na realidade, o direito apresenta caráter *contrafático* (DIMOULIS, 2007, p. 69-70). Sua finalidade é modificar a realidade social, transformar o comportamento das pessoas e as relações sociais. Mesmo quando o objetivo do direito é manter determinadas estruturas, por exemplo, preservar os direitos de propriedade privada, mediante sua garantia constitucional, o direito desempenha uma função contrafática, pois manifesta a vontade de manter a atual situação, ou seja, as instituições políticas, as relações sociais e as posições dos indivíduos.

O elemento mais importante da função contrafática do direito é a ameaça de sanções contra tentativas de mudar a situação social de forma juridicamente não desejada, assim como (mas em menor medida) contra a eventual inércia das autoridades estatais e dos particulares, que contraria a vontade jurídica de mudança.

O caráter contrafático dos regulamentos jurídicos da economia é particularmente claro. Caso contrário, não teria garantia do regime econômico nem mesmo regras de orientação dos agentes da economia, e seria simplesmente um “reflexo da realidade”. Isso significa que o direito seria totalmente desnecessário.

Uma norma jurídica refletindo à lógica econômica diria, por exemplo, que os preços podem oscilar dependendo da demanda e da oferta ou que os

funcionários podem ser demitidos a qualquer momento segundo as necessidades das empresas, mas tal norma careceria plenamente de sentido, equivalendo à norma que permite respirar ou se alimentar, pois mesmo sem sua existência o “mercado” agiria da mesma forma. Dito de outro modo, a normatividade do direito econômico só tem sentido social se contrariar fatos e tendências empiricamente observáveis ou que podem ocorrer no futuro.

3.2 “O direito regulamenta e transforma as relações econômicas”

Encontramos aqui a *segunda* posição sobre as relações entre direito e economia. O direito não só depende da economia, mas também regulamenta e, afinal de contas, *transforma* as relações econômicas. Em sua versão extrema, essa tese poderia afirmar que a atividade econômica depende plenamente dos regulamentos jurídicos. Basta uma mudança no sistema normativo para que mude a economia. Essa versão carece de plausibilidade, pois não pode responder à pergunta sobre as origens, as causas ou, segundo a terminologia jurídica, as fontes materiais de um regulamento jurídico, evidenciando-se a insuficiência dessa abordagem.

Mesmo admitindo-se uma visão estritamente positivista, que, por razões metodológicas, exclui do campo de interesse do direito as possíveis causas ou influências de legiferação, não seria possível afirmar que o direito configura as relações econômicas, uma vez que isso não constitui um resultado e sim um axioma que sustenta a abordagem puramente jurídica de forma declaradamente contrafática. Para afirmar algo válido (não circular) sobre a relação entre o direito e a economia, devemos abandonar esse axioma e avaliar o antes do direito (causas, fontes materiais) e o depois (eficácia social da norma).

Nessa perspectiva, devemos admitir que o direito surge e se aplica em estrita interação com a economia, que impõe, *grosso modo*, determinados conteúdos jurídicos, sendo em seguida submetida à influência transformadora do próprio direito. Essa versão afirma a autonomia relativa dos dois subsistemas sociais “direito” e “economia”, indicando suas interações, isto é, influências recíprocas. Essa tese, que poderíamos denominar dialética, reflete-se, por exemplo, na seguinte observação de um doutrinador alemão:

A internacionalização da economia necessita de institutos jurídicos correspondentes. A criação de tais institutos constitui um desafio político e institucional do Estado constitucional democrático, que não pode eximir-se de suas responsabilidades relativas aos problemas econômicos e sociais. (JOERGES, 1994, p. 353)

Isso significa que, mesmo modificando-se o titular da soberania econômica (como, parcialmente, ocorre no caso da perda progressiva da substância da soberania dos países europeus, membros da União Européia)¹⁵, as normas jurídicas continuam sendo necessárias para disciplinar essa atividade, mas, ao mesmo tempo, seu conteúdo depende da mudança estrutural da economia, devendo-se adaptar aos ditados da internacionalização.

Tanto a posição da primazia e do caráter determinante da economia como a posição da relação dialética entre direito e economia partem tacitamente da premissa do *individualismo metodológico* (SCHNELL et al., 1999, p. 104-107).

O individualismo metodológico afirma que, para entender o funcionamento da sociedade, é necessário identificar unidades primeiras ou elementares e analisar seu comportamento, pois toda e qualquer ação social é consequência de um conjunto de ações individuais. Essas unidades são normalmente individuais (seres humanos). Podem também ser entes coletivos, desde que seja clara a unicidade e individualidade, como é o caso das empresas.

Em seguida, analisa-se a ação de cada ente em suas relações com os demais. As interferências oriundas de outros atores – por exemplo, a empresa deve praticar certos preços ou deixar de vender um produto em virtude de imposição legal – consideram-se externas e são geralmente criticadas, por limitar a liberdade individual.¹⁶

Consideramos essa visão equivocada porque parte de uma premissa problemática. Na realidade, aquilo que é apresentado como “interno” constitui o produto (ou ponto de confluência) de uma série de condicionamentos. Sob o ponto de vista *causal*, o interno e o externo se confundem, não havendo primazia do interno. O interno é resultado de múltiplos e difusos condicionamentos causados por fatores e processos que são considerados externos à vontade do indivíduo, da empresa ou do Estado. Por sua vez, o externo é o resultado da contínua ação e pressão de vários agentes, re-elaborando regras e instituições mediante decisões políticas, impostas por pessoas e grupos que reagem a problemas sociais, modificando os fatores de seu condicionamento.

Vejamos o exemplo do tráfico de drogas. O indivíduo A “quer” vender drogas e o indivíduo B quer comprar drogas, atuando em um mercado que um conjunto de pessoas, os legisladores de determinados países e momentos históricos,

15 Sobre a situação atual da integração jurídica européia, caracterizada por uma tripolaridade historicamente inédita, assim como sobre os cenários de sua possível evolução, ver CHRISTOPOULOS/DIMOULIS, 2001.

16 Foi observado que o emprego do termo “intervenção” para indicar a atuação econômica do Estado corresponde a essa abordagem do liberalismo, que apresenta a atuação do Estado como “invasão” em processos econômicos que, em princípio, seriam auto-reguláveis (TAVARES, 2006, p. 54).

declarou ilegal e outras pessoas, as autoridades encarregadas da aplicação das leis penais, tentam abolir, reprimindo seus atores econômicos.

Do ponto de vista do individualismo metodológico explicaríamos todas essas condutas analisando a vontade/decisão de vender, comprar, proibir ou perseguir. Ora, nenhuma dessas pessoas tomou a decisão livremente. Todos reagem a estímulos externos. No caso do vendedor e, em certa medida, do usuário de drogas, temos como elemento decisivo a subcultura de determinados ambientes sociais que permite, por um lado, realizar contatos e adquirir conhecimentos sobre o tráfico de drogas e, por outro, neutralizar as críticas morais e o medo de punição, permitindo que a pessoa atue nesse setor ou que use drogas apesar de uma reprovação jurídica e oriunda da moral social dominante. Esse quadro, ao qual podemos acrescentar a existência de problemas sociais (exclusão da educação ou do emprego formal), induz a pessoa ao tráfico e/ou uso de drogas.

No momento em que um indivíduo manifesta a decisão de ser, por exemplo, traficante de entorpecentes, essa decisão não é “dele”. Decorre de um conjunto de fatores que determinaram sua vontade “individual”. Assim sendo, quando o Estado tenta impedir o tráfico de drogas com ações repressivas, nada mais faz do que continuar exercendo pressão sobre o indivíduo com formas e finalidades funcionalmente equivalentes àquelas que o levaram a ser traficante de drogas.

Portanto, sob o ponto de vista da teoria, não é possível considerar a decisão individual como ponto de partida da interpretação de acontecimentos, distinguindo-se entre o interno (liberdade individual) e o externo (coação). Tanto antes como depois de certa conduta, o indivíduo sofre influências e pressões que a determinam e podem beneficiá-la.

De forma simétrica, o supostamente externo (a ação repressiva do Estado contra o tráfico de drogas) também não é oriundo de uma instância autoritária que decidiu oprimir certas pessoas ou grupos. Resultou da pressão exercida por outros indivíduos e grupos que conseguiram impor uma modificação da legislação no sentido de proibir o tráfico de drogas (atividade essa permitida até o início do século XX) e, em seguida, conseguiu que as autoridades repressivas considerassem prioritária a denominada guerra contra as drogas. A atuação estatal não constitui uma força quase sobrenatural que restringe a liberdade dos indivíduos, nem pode ser reduzida à expressão de vontade de cada legislador, juiz ou policial.

Sem multiplicar os exemplos, podemos afirmar que, por razões teóricas, revela-se impossível distinguir o interno do externo nos processos sociais, incluindo os econômicos. Por esse motivo, carece de fundamento a visão liberal da economia como algo intrínseco ou originário e da intervenção jurídica estatal como algo supostamente externo. O sistema jurídico não é um fator externo à economia. Nem a visão liberal, segundo a qual o direito, vindo de fora, impõe limitações a

uma natural ordem econômica fundamentada na vontade originária dos indivíduos (e/ou do mercado), nem a visão predominante no marxismo, segundo a qual o direito espelha as relações de produção econômica, podem explicar o verdadeiro funcionamento do direito no âmbito da produção econômica.

Por essa razão parece-nos extremamente problemática a abordagem teórica conhecida como *Law and Economics*. Essa abordagem, que surgiu nos Estados Unidos nos anos de 1960, deseja realizar, segundo a definição usual, uma “[...] aplicação da teoria econômica (principalmente da microeconomia e dos conceitos básicos da economia do bem-estar) na avaliação da formação, da estrutura, dos processos e do impacto econômico do direito e das instituições legais”.¹⁷

Essa abordagem, que recentemente ganhou espaço no Brasil¹⁸, fundamenta-se em uma *dupla instrumentalização*. Por um lado considera possível influenciar a economia atuando “de fora”, isto é, mediante uma intervenção jurídica nas transações econômicas. Por outro lado, considera o direito como fator que pode ser economicamente avaliado em termos de custo. Os adeptos da abordagem *Law and Economics* realizam a operação que foi designada como “mercantilização do direito” (*marchéisation du droit* – TERRÉ, 1999, p. 385). O problema teórico central encontra-se no pensamento em termos de exterioridade, isto é, na separação radical entre o direito e a economia.¹⁹

Buscando uma nova definição do papel econômico do direito, devemos partir da tese “negativa” de que a distinção metodológica entre interno e externo é insustentável do ponto de vista teórico, pois não indica uma relação de causalidade e de suposta primazia do “interno”.

Isso não significa que a distinção carece de qualquer relevância. Devemos aqui registrar e comentar um paradoxo criado pelo próprio direito moderno. A distinção entre interno e externo, entre o indivíduo (ou a empresa) e seu “ambiente” (Estado, demais instituições, empresas, pessoas), constitui uma realidade normativa criada pelas próprias normas jurídicas em vigor.

A atuação econômica do Estado só pode apresentar-se juridicamente como externa e “segunda” em relação à liberdade do indivíduo e das empresas, se um conjunto de normas jurídicas estabelecem tal relação. Em outras palavras, podemos realizar a distinção entre interno e externo do ponto de vista *funcional*, se houver várias unidades/agentes e vários campos de ação com finalidades diferentes, definidas não natural ou economicamente, mas *juridicamente*.

17 MERCURO & MEDEMA, 1997, p. 3; cf. COOTER & ULEN, 2004, p. 4. O primeiro livro oferece uma apresentação panorâmica das várias escolas no âmbito dessa abordagem; o segundo, uma síntese das análises eficientistas-comportamentais nos vários ramos do direito.

18 ZYLBERSZTAJN & SZTAJN (orgs.), 2005; SADDI & CASTELAR, 2006.

19 Para ulteriores críticas a essa abordagem, cf. NOBLES, 2002, p. 863-866.

Quando vigora a regra de que qualquer decisão do indivíduo deve ser respeitada em relação ao gozo de certa propriedade que o direito reconhece como particular, a não ser que uma lei conforme à Constituição proíba certas condutas, podemos afirmar que existe uma primazia do indivíduo e o Estado só intervém em sua esfera de forma externa, como ocorre com a tributação, a desapropriação ou o sequestro de bens.

Essa regra encontra-se nos ordenamentos jurídicos modernos que garantem a propriedade privada. Em sua forma geral, a primazia do indivíduo no sentido da prioridade de suas decisões é proclamada mediante o princípio da legalidade (artigo 5º, inciso II da Constituição Federal). O dispositivo legalidade estabelece uma regra de competência. Se não houver lei restritiva e conforme a Constituição, qualquer decisão do indivíduo deve ser respeitada, mesmo sendo prejudicial para os demais. Essa regra fundamenta-se, por sua vez, na distinção entre a decisão primária do indivíduo (ou da empresa) e na atuação secundária ou mesmo subsidiária do Estado.

Só nesse âmbito pode encontrar fundamento a visão liberal da primazia da vontade individual. Mas isso ocorre somente quando (e até onde) o Estado permite o exercício da liberdade dos agentes econômicos. Isso significa que a liberdade individual é “segunda” em relação ao poder estatal, que cria e modifica as normas jurídicas, podendo traçar, em cada momento e setor de atividade, os limites da liberdade dos agentes econômicos.

Constatamos aqui a completa *inversão* da visão liberal. Se o indivíduo, a empresa ou, em última instância, o mercado são soberanos em sua atuação, isso se deve à decisão jurídica de garantir esse espaço, decisão essa tomada pelas autoridades legislativas que *criam* o espaço da liberdade individual e não o limitam de forma externa, como alega o liberalismo.

Da mesma forma que seria inexato afirmar que há crime antes de sua tipificação legislativa, seria equivocado afirmar que há liberdade de ação (econômica ou outra) do indivíduo antes de sua consagração jurídico-estatal.

Não é possível analisar aqui os fundamentos e as implicações teóricas dessa visão. Podemos, porém, facilmente entender que as regulamentações jurídicas do campo da atividade econômica não são exteriores e limitadoras da suposta autonomia individual, mas sim o fator *constitutivo* da atividade econômica. O que seriam os dois elementos centrais do mercado, a mercadoria e o contrato, sem um direito que os regulasse, garantindo a propriedade, as condições de compra e venda, a execução dos contratos e a própria liberdade do comércio? Simplesmente não existiriam.

Podemos, assim, afirmar que as normas jurídicas precedem *socialmente* a atividade dos indivíduos como agentes econômicos e influenciam tanto as decisões iniciais (*v.g.*, cria-se uma empresa de produção de sacolas de papel porque o Estado

oferece incentivos para a produção de embalagens “ecologicamente corretas”) quanto sua atuação em geral.

Além disso, grande parte dos regulamentos jurídicos funciona como fator ideológico-cultural, que motiva a atuação individual. As normas e práticas dos aparelhos estatais geram crenças sobre o justo e o útil, levando ao cumprimento espontâneo do direito, que funciona também como autoridade de cunho moral.

A propriedade e a autonomia privada, o reconhecimento do princípio da concorrência e a estruturação da economia em torno do comércio de mercadorias produzidas para serem trocadas segundo o princípio da equivalência de valores de mercado constituem dados culturais, que os indivíduos de uma sociedade capitalista consideram naturais. Comprar pão na padaria parece, em nossos dias, tão natural quanto a própria fome e, seguramente, muito mais natural do que preparar pão na própria casa!

Esse processo de interiorização-naturalização das regras da economia capitalista foi, em grande parte, produzido pelos sistemas jurídicos, que contribuíram para a imposição de reivindicações de grupos de comerciantes e intelectuais, que se encontravam, no início do capitalismo, em posição politicamente marginal. Seria, por essa razão, contrário à evidência histórica afirmar que o Estado atua de forma secundária e externa na economia, impondo limites à liberdade dos indivíduos, porque significaria ignorar, por completo, que o Estado desempenhou e continua desempenhando o papel de criador e de principal garantidor do agir econômico no capitalismo.

Por estas razões, devemos entender que a regulamentação jurídica da ordem social-econômica constitui sua verdadeira *fundamentação*. Trata-se de um amplo conjunto de normas e instituições que, na maior parte do mundo atual, permite e garante a livre concorrência individual e a propriedade privada, sendo as regras básicas fixadas nas Constituições e, por isso, dotadas de estabilidade. Assim sendo, devemos concordar plenamente com a definição da Constituição econômica como “[...] parte da Constituição [...] que dá forma ao sistema econômico que é, em essência, capitalista” (SILVA, 2008, p. 790-791).

Uma reforma na direção de “menos Estado” (privatizações, diminuição dos impostos, liberalização das importações, abolição dos incentivos estatais etc.) é sempre possível, mas, contrariamente à crença liberal, a abordagem funcional-estrutural indica que tal evolução será sempre decorrência de uma decisão pública de natureza claramente política e não de uma vitória da liberdade individual. Em tal caso, as normas jurídicas criarão novos espaços privados, não se tratando de uma “libertação” de potencialidades reprimidas dos indivíduos, e sim de uma decisão coletiva, ditada pela prevalência de certos interesses.

Assim sendo, parece adequado nos referirmos à *primazia da política sobre a economia*. Entendendo a produção de normas jurídicas como atividade exclusivamente política (DIMOULIS, 2007, p. 119-129), parece coerente concluir que o funcionamento do sistema econômico repousa na vontade política que cria certas normas.

Em outras palavras, a tese central da abordagem funcional-estrutural é que as decisões jurídico-políticas criam e, ao mesmo tempo, (de)limitam segundo regras complexas o espaço da atividade econômica. Isso significa que, para constituir esse espaço e avaliar seu funcionamento, é seguido o código principal da comunicação jurídica: lícito/ilícito (LUHMANN, 1997).

Sem pretender fazer uma reconstrução genealógica dessa abordagem, observemos que a tese da função constitutiva do direito para os processos econômicos se encontra formulada em uma das principais obras de Jeremy Bentham, publicada pela primeira vez em francês em 1802. Referindo-se à propriedade, o filósofo sublinha: *La propiedad y el derecho nacen y mueren juntos. Antes de que las leyes fueran promulgadas no había propiedad; sin las leyes la propiedad cesa.*²⁰

Se “as leis” criam um dos fundamentos da economia capitalista, tal a propriedade privada, podemos estender essa tese, afirmando que *o direito é condição de possibilidade da economia*, pois nenhuma estrutura de produção, nenhuma relação de emprego ou intercâmbio comercial poderia ocorrer da forma que conhecemos hoje sem a preexistência de um quadro jurídico adequado.

Podemos, assim, afirmar que o direito é “condição necessária da existência e funcionamento” da economia, devendo reconhecer o “papel constitutivo dos institutos jurídicos estatais para a economia capitalista de mercado” (KRÖLLS, 1994, p. 21-22).

Essa tese pode parecer demasiadamente idealista, resultado de uma leitura da sociedade com as lentes ideológicas do jurista. Como afirmar que o direito cria a economia? Qualquer vontade de qualquer legislador seria capaz de moldar qualquer sistema econômico? Não estaríamos aderindo à ilusão de um poder legiferante ilimitado, que “cria o mundo” conforme sua vontade, sendo uma espécie de milagre ou até manifestação de um poder quase divino, conforme ensinam as clássicas e recentes teologias do poder constituinte?²¹

Contra a nossa tese podem ser formuladas duas críticas. A primeira possível crítica refere-se à primazia da política sobre a economia, tese essa que pode ser criticada como expressão de um idealismo cego. Podemos, evidentemente, esclarecer que não retomamos aqui a visão agnóstica sobre a origem e as determinações do direito, que, conforme indicamos, caracterizam um positivismo

20 Bentham, Jeremy, *Theory of Legislation*, apud MORESO, 1992, p. 326.

21 Cf., por exemplo, BRITTO, 2003.

estritamente intrajurídico, mas que não podem oferecer nenhuma explicação sobre a origem e a finalidade do direito.

Ora, mesmo sublinhando que o direito não é entendido como simples conjunto de normas inexplicavelmente criado, mas como produto e instrumento da política dominante em determinado momento, poderia ser sustentado que a atividade econômica antecede e também excede o direito. Não compramos e vendemos produtos porque isso está regulamentado pelo Código Civil nem se observa sempre na atividade econômica o legalmente prescrito. Caso contrário não haveria máfias, contrabandos ou sonegação fiscal!

A crítica não convence. A última “causa” de qualquer atividade humana, incluindo a econômica, é a satisfação de necessidades dos seres humanos. Ora, essa “causa” não pode explicar nenhuma das formas históricas de atuação econômica nem a distribuição de papéis e posições concretas em determinada sociedade.

A necessidade de consumir determinado número de calorias por dia e de ter uma alimentação diversificada não indica como devemos procurar e distribuir os alimentos, nem qual é o preço “justo”. O furto, o exercício de violência ou a direta apropriação de alimentos que se encontram na natureza são meios de encontrar alimentação não só funcionalmente equivalentes à conclusão de um contrato com pagamento da contraprestação, como também são meios muito mais simples e correspondentes a impulsos humanos do que a atuação juridicamente prescrita.

Nenhum dos atuais institutos econômicos pode ser explicado de forma “natural”.²² Não haveria fábricas, empresas e Bolsas de Valores sem uma rígida regulamentação e fiscalização de seu funcionamento, e isso indica que a atual “ordem” da economia não é literalmente pensável sem seu quadro jurídico.

Por outro lado, a regulamentação jurídica não pode impedir a atuação econômica ilegal, que transgrede limites que o direito estabelece. Esse fenômeno não permite, porém, concluir que a economia seria algo anterior a sua forma jurídica. Com efeito, as atividades econômicas desenvolvidas fora do quadro jurídico adquirem suas características devido às normas jurídicas que as proíbem.

As estruturas da criminalidade organizada e da corrupção determinam os preços nos mercados ilegais e as condições de gestão econômica em resposta à proibição jurídica e ao risco de punição. Isso explica os preços altos dos mercados ilegais, as condições paramilitares de atuação da criminalidade organizada e os demais custos da ação econômica ilegal.²³ Tudo isso deve-se ao fato de o sistema jurídico regulamentar, ainda que de forma negativa, a economia ilegal,

22 Cf. A crítica em TERRÉ, 1999, p. 395-396.

23 Cf. As análises jussociológicas em RUGGIERO, 2001.

considerando certos acontecimentos ilícitos e prevendo sanções de natureza, civil, penal ou administrativa.

Podemos concluir que, sem a existência do direito econômico, as sociedades continuariam produzindo para satisfazer suas necessidades. Mas não haveria as atuais formas econômicas, impensáveis sem a regulamentação jurídica, isto é, sem a imposição de condições e de formas específicas de atuação. Nesse sentido, não procede a crítica que considera idealista a posição da primazia do direito sobre a economia.

A segunda possível crítica é de natureza jussociológica. Parte da constatação de que não é possível entendermos o papel do direito na sociedade sem evidenciar a origem das normas jurídicas. Só há aposentadorias e seguro desemprego porque um conjunto de normas jurídicas regulamenta essas prestações. Ora, a resposta tautológica “X recebe aposentadoria porque isso está legalmente previsto” não exige o estudioso do direito e do dever de explicar qual é a origem dessas normas.

Essa crítica fundamenta-se na corriqueira rejeição da abordagem positivista do direito como formalista e vazia de conteúdo. Essa crítica é parcialmente justificada, pois indica a necessidade de analisar as razões de criação do direito. Mas isso não invalida a constatação de que a economia se fundamenta logicamente na preexistência de normas jurídicas. Nem deve levar a um desmesurado otimismo, fazendo acreditar que um estudo de natureza histórica ou sociológica ofereceria uma completa explicação causal da legislação econômica. Nenhuma necessidade econômica pode explicar a alíquota de certo imposto, as razões de previsão de isenção tributária a favor de uma categoria de agentes econômicos ou as condições legalmente estabelecidas para que ocorra legalmente uma fusão de empresas.

Diante disso, podemos manter a posição de que a regulamentação jurídica da ordem econômica constitui sua *fundamentação*. Se, porém, a “forma-Constituição” determina a atividade econômica, essa “forma” constitui, ao mesmo tempo, o produto de processos sociais, que são, em grande parte, fundamentados nos dados estruturais da atividade econômica.

Podemos, assim, formular a tese de que a Constituição é uma *forma formans formata*, isto é, uma estrutura que dá forma à atividade econômica, mas, ao mesmo tempo, é determinada por necessidades sociais e se vincula a formas culturais dominantes em determinado período e sociedade.

Assim sendo, parece adequado admitir a *primazia da política sobre a economia*, sendo as escolhas políticas dominantes expressas em normas jurídicas. Isso não impede que, segundo o esquema da *forma formans formata*, os regulamentos jurídicos sejam analisados como produto de processos sociais, ou seja, como conjuntos normativos heterônomos. Essa dualidade de perspectiva (a

Constituição configura, dá forma à realidade social e, ao mesmo tempo, é formada por ela) deve guiar qualquer análise da ordem econômica.²⁴

A abordagem funcional-estrutural indica que a concepção da globalização como triunfo do liberalismo econômico constitui um mito. Segundo estudos estatísticos, os fluxos comerciais internacionais e os investimentos diretos no exterior encontram-se, nos últimos anos, nos mesmos níveis que tinham atingido antes da Primeira Guerra Mundial e que as economias da grande maioria dos países continuam “fechadas”, com legislações ainda muito protecionistas e com relações econômicas preferenciais entre países vizinhos ou “amigos”, no âmbito de acordos de colaboração/integração econômica regional (HIRST; THOMPSON, 1998; BAIROCH, 1996). Não se detecta, assim, uma tendência de desregulamentação, de unificação da economia mundial ou de “morte do Estado”.

A principal modificação real refere-se, como já indicamos, ao considerável crescimento dos níveis da especulação. A velocidade e o volume da circulação do capital financeiro internacional aumentou de 18 milhões de dólares por dia, no início dos anos 1970, para 1 bilhão e 300 milhões de dólares em 1985, sendo superior a 2 trilhões de dólares por dia nos últimos anos. Desse volume, menos de 20% circula com a finalidade de realizar pagamentos em razão de transações comerciais internacionais. O restante é um capital especulativo que circula constantemente pelos mercados de valores.²⁵

Essa situação fortalece o capital financeiro, aumentando seu poder de pressão sobre as políticas econômicas dos Estados. Esse poder não é, contudo, intrínseco, devido às próprias atividades de especulação. Na abordagem funcional-estrutural, revela-se como consequência de políticas permissivas dos Estados, que desejam atrair mais capitais, facilitando as condições de entrada, oferecendo taxas de juros maiores do que os lucros na denominada “economia real” e, em última instância, tolerando o grande jogo de azar, de interesses e de alianças que é a especulação financeira.

Qualquer Estado pode, se o desejar, inverter essa situação, tomando algumas simples medidas legislativas, limitando o fluxo de capitais com a exigência de controles, de pagamento de taxas e de impostos ou mediante a fiscalização mais rigorosa das Bolsas de Valores. Ademais, um acordo internacional poderia introduzir políticas de controle dos movimentos do capital internacional. Por que o capital internacional pode viajar ao redor do mundo em segundos sem a menor fiscalização? É evidente que não se trata de um fenômeno natural ou de decorrência

24 Essas distinções são válidas em perspectiva analítica. Do ponto de vista histórico, não se constata anterioridade do político-jurídico sobre o econômico ou vice-versa, e sim uma *contemporaneidade*. Não há economia capitalista sem direito capitalista nem o contrário.

25 WARDE, 1997, p. 24; Disponível em: <http://www.globalpolicy.org/soecon/plotax/currtax/index.htm>.

do progresso da tecnologia das telecomunicações, mas de uma decisão política dos governos. Temos aqui uma tentativa de institucionalizar a utopia do mercado sem Estado, com decisão dos próprios Estados, que abandonam políticas públicas de caráter social e aumentam as margens de lucro dos detentores de capital com políticas de inspiração neoliberal que, por razões de legitimação, apresentam-se como a “única via”.

A abordagem funcional-estrutural analisa essas mudanças como produto de uma política legislativa e administrativa de modificação parcial das regras de atividade econômica. Porém, ao contrário do que o liberalismo sustenta, a diminuição de barreiras tarifárias nas importações ou o desmantelamento de um sistema de saúde mantido pelo Estado em prol da população sem recursos não deixa de ser uma medida legislativa e uma expressão da vontade coletiva-política.

Em outras palavras, a abordagem funcional-estrutural indica que não há, hoje, uma simples “desregulamentação”. No âmbito do Estado moderno, que é elemento estrutural de uma economia de mercado, existem sempre fundamentações jurídicas das regras da atividade econômica. Essas podem consistir em ações ou omissões do Estado, em sua expansão ou recuo, no apoio a determinados agentes econômicos em detrimento de outros etc., mas em todos os casos se tratará de medidas estatais que estruturam o espaço econômico.

Referências

- ALTVATER, Elmar; MAHNKOPF, Birgit. *Grenzen der Globalisierung. Ökonomie, Ökologie und Politik in der Weltgesellschaft*. Münster: Westfälisches Dampfboot, 1999.
- BAIROCH, Paul. Globalization Myths and Realities: One Century of External Trade and Foreign Investment. In: BOYER, Robert; DRACHE, Daniel (orgs.). *States Against Markets: The Limits of Globalization*. London and New York: Routledge, 1996, p. 67-79.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CHRISTOPOULOS, Dimitris; DIMOULIS, Dimitri. Crises e perspectivas da integração jurídica na Europa. *Cadernos de Direito*, v. 1, n. 2, p. 75-91, 2001.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. Boston: Pearson, 2004.
- DIMOULIS, Dimitri. Fundamentação constitucional dos processos econômicos. In: *Direito social, regulação econômica e crise do Estado*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 77-152.
- _____. *Manual de introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo: Malheiros, 2002.

HAYEK, Friedrich August von. *RECHt, Gesetzgebung und Freiheit*. Landsberg am Lech: Verlag Moderne Industrie, 1980. v. 1

_____. *RECHt, Gesetzgebung und Freiheit*. Landsberg am Lech: Verlag Moderne Industrie, 1981. v.3

HIRST, Paul; THOMPSON, Grahame. *Globalização em questão*. Petrópolis: Vozes, 1998.

JOERGES, Christian. Die Wissenschaft vom PrivatRECHt und der Nationalstaat. In: SIMON, Dieter (org.). *RECHtswissenschaft in der Bonner Republik*. Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1994, p. 311-363.

KRÖLLS, Albert. *Grundgesetz und kapitalistische Marktwirtschaft*. Frankfurt/M.: Haag und Herchen, 1994.

KÜBLER, Friedrich. WirtschaftsRECHt in der Bundesrepublik. Versuch einer wissenschaftstheoretischen Bestandsaufnahme. In: SIMON, Dieter (org.). *RECHtswissenschaft in der Bonner Republik*. Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1994, p. 364-389.

LANGER, Stefan. *Grundlagen einer internationalen Wirtschaftsverfassung*. Strukturprinzipien, Typik und Perspektiven anhand von Europäischer Union und Welthandelsorganisation. München: Beck, 1995.

LUHMANN, Niklas. *Das RECHt der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1997.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven. *Economics and the Law*. From Posner to Post-Modernism. Princeton: Princeton University Press, 1997.

MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. *RECHt und ökonomisches Gesetz. Über die Grenzen von Staat, Gesellschaft und Privatautonomie*. Baden-Baden: Nomos, 1984.

MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. Coimbra: Centelha, 1978.

MORESO, José Juan. *La teoría del derecho de Bentham*. Barcelona: PPAU, 1992.

NOBLES, Richard. Economic Analysis of Law. In: PENNER, James et al. (orgs.). *Jurisprudence and Legal Theory*. London: Butterworths, 2002, p. 855-896.

REICH, Norbert. *Markt und RECHt*. Theorie und Praxis des WirtschaftsRECHts in der Bundesrepublik Deutschland. Neuwied: Luchterhand, 1977.

RUGGIERO, Vincenzo. *Crimes and Markets*. Essays in Anti-Criminology. Oxford: Oxford University Press, 2001.

SADDI, Jairo; CASTELAR, Armando. *Direito, economia e mercados*. São Paulo: Campus, 2006.

SCHNELL, Rainer, HILL, Paul, ESSER, Elke. *Methoden der empirischen Sozialforschung*. München: Oldenbourg, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. São Paulo: LTr, 1999.

_____. *Teoria da Constituição econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2006.

TERRÉ, Dominique. Droit et benefi. *L'année sociologique*, v. 49, n. 2, p. 381-406.

WARDE, Ibrahim. Le projet de taxe Tobin. *Le Monde Diplomatique*, p. 24-25, fev. 1997.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (orgs.). *Direito e economia. Análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA DAS EMPRESAS NO BRASIL

THE PRINCIPLE OF BUSINESS CONTRIBUTIVE CAPACITY IN BRASIL

.....
Sergio KARKACHE

Mestrando em Direito pela UFPR, Especialista em Direito Tributário (PUC/PR), Procurador da Fazenda Nacional, Diretor da Escola Superior da PGFN no Paraná, Professor de Direito Tributário nas Organizações Aprovação, ESAF e ESPGFN.

Resumo

O Princípio da Capacidade Contributiva encontra suas origens nos primeiros tempos da civilização, mas foi Grizziotti quem primeiro discutiu o tema junto ao Direito. No Brasil, a Constituição de 1946 expressamente o consagrou, mantendo-se isso na atual Constituição em relação aos impostos. O Princípio da Capacidade Contributiva, entre nós, significa que os sujeitos passivos devem contribuir à manutenção dos gastos públicos na proporção de sua capacidade econômica, desde que preservado o mínimo vital e os demais princípios constitucionais pertinentes. Não há, a priori, incompatibilidade com a função extrafiscal dos tributos, desde que haja consonância com a ponderação do conjunto de princípios constitucionais. A interpretação sistemática da ordem Constitucional impõe a conclusão que o Princípio se aplica também às pessoas jurídicas, e decorre de sua aptidão à sujeição passiva. Por isso, há diversas evidências em nosso Direito de aplicação deste princípio às pessoas jurídicas.

Palavras-chave: economia; ordem econômica; capacidade contributiva.

Abstract

The principle of contributive capacity has its origins in the early days of civilization, but it was Grizziotti who first discussed the issue with Law. In Brazil, taxes were expressly stated the Constitution of 1946, keeping it in the current Constitution. The principle of contributive capacity means that taxpayers should contribute to the maintenance of public spending in proportion to its economic capacity, since the least vital minimum and other relevant constitutional principles are preserved. It is, a priori, compatible with the extra fiscal function, according to the constitutional principles. The systematic interpretation of the constitutional order requires the conclusion that the principle also applies to companies, and stems from its ability to passive submission. Therefore, there are several evidences in our application of this principle of law to companies.

Key words: economics; economic order; capacity contributive.

Introdução

Talvez poucos temas sejam mais atuais (e universais) que o chamado “princípio da capacidade contributiva”, reconhecido, expressa ou implicitamente, em diversas Constituições (inclusive na Constituição Federal Brasileira de 1988).

Apesar de atual, Alfredo Becker registra que “[...] Antiquíssimo é o princípio de cada indivíduo contribuir para as despesas da coletividade, em razão de sua força econômica. Jones reporta-se a um excerto de Eródoto, do qual se deduz que o princípio da capacidade contributiva já vigoraria entre os antigos egípcios [...]”.¹

Regina Helena Costa observa, no mesmo sentido, que a noção de capacidade contributiva remonta ao próprio surgimento do tributo e foi objeto de estudos na filosofia grega da Antiguidade, sempre ligada à ideia de justiça fiscal.²

A noção de “capacidade contributiva”, na verdade, esteve presente em todas as fases da história ocidental européia e na idade moderna, como lembra Becker.³ E foi na Idade Média, através do pensamento de São Tomás de Aquino, que se pode encontrar menção expressa ao pagamento de tributos proporcionalmente.⁴

Max Weber observa que “[...] existiam por toda parte duas coisas: a política fiscal e a política do bem-estar, e esta última no sentido de garantir, na medida habitual, o sustento [...]”.⁵ Assim, é possível deduzir que, muito antes de se falar em “direitos fundamentais”, já se intuía que era importante, para a segurança e

1 BECKER, Alfredo. *Teoria geral do direito tributário*, p. 479.

2 “[...] Fincada na ideia de justiça fiscal, a noção de capacidade contributiva remonta sua origem ao próprio surgimento do tributo. Registra-se que, já no antigo Egito, concebia-se que os tributos deveriam guardar, de alguma forma, relação com a riqueza daqueles que os deveriam pagar. Também os filósofos gregos pregavam o ideal de justiça distributiva, segundo a qual a desigualdade remunera cada um consoante seus méritos...” (COSTA, Regina Helena. *Princípio da capacidade contributiva*, p. 15).

3 “[...] A expressão ‘capacidade contributiva’ foi usada por diversas leis tributárias da Idade Média e por algumas leis dos primeiros séculos da idade moderna. Esta locução encontra-se na ‘Elizabethen poor Law’ e também na legislação fiscal das colônias inglesas da América...” (BECKER, Alfredo, Op. cit., p. 481).

4 “[...] Tal ideia precisou-se na Idade Média, pelo que se pode depreender do pensamento de São Tomás de Aquino, para quem cada um devia pagar tributos *secundum facultatem ou secundum equitatem proportionis...*” (COSTA, Regina Helena., Op. cit., p. 15).

5 O primeiro sistema que a produz é o do chamado mercantilismo. Mas, antes de constituir-se este último, existiam por toda parte duas coisas: a política fiscal e a política do bem-estar, e esta última no sentido de garantir, na medida habitual, o sustento. (WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Volume II. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília/São Paulo: Universidade de Brasília e Imprensa Oficial de São Paulo, 1999, p. 520).

estabilidade do Estado, dentre outras coisas, dosar equilibradamente a política fiscal e a política do bem-estar.

Weber prossegue registrando esta preocupação dos governantes, ao referir-se à “cobrança privada de tributos”:

[...] Segundo a medida da liberdade atribuída ao funcionário, ao cargo ou ao arrendatário da coleta de impostos, a capacidade de pagar tributos corre perigo em caso de exploração excessiva, pois ao contrário do senhor político o capitalista não se interessa permanentemente na capacidade que os súditos tenham de pagar [...].⁶

Não deve soar estranho, portanto, quando Alfredo Becker relembra que o tema foi estudado por diversos pensadores:

[...] Machiavelli discutia sobre o princípio de capacidade contributiva, e também Bodin, Bocerus, Besold, Klock, Botero ao mesmo princípio se referiam. Sobre o princípio da capacidade contributiva, Guicciardini fundamenta suas célebres considerações a respeito do imposto progressivo, com rara antevisão das modernas doutrinas [...].⁷

Também Adam Smith referiu-se à contribuição conforme a capacidade, conectando o tema com a igualdade da tributação:

[...] Os súditos de todo Estado devem contribuir para a manutenção do governo, tanto quanto possível, na proporção de suas respectivas capacidades; ou seja, na proporção dos benefícios que recebam sob a proteção do Estado. As despesas do governo para com os indivíduos da nação são despesas para a manutenção da grandeza do Estado, a qual estão obrigados a contribuir todos na proporção de seus interesses junto ao Estado. A observância (ou inobservância) desta máxima conduz à igualdade ou desigualdade da tributação [...].⁸

6 WEBER, Max. *Ensaio de Sociologia*. Volume II. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1982, p. 218.

7 BECKER, Alfredo, Op. cit., p. 480.

8 Tradução livre com base no original em inglês: “[...]I. *The subjects of every state ought to contribute towards the support of the government, as nearly as possible, in proportion to their respective abilities; that is, in proportion to the revenue which they respectively enjoy under the protection of the state. The expense of government to the individuals of a great nation is like the expense of management to the joint tenants of a great estate, who are all obliged to contribute in proportion to their respective interests in the estate. In the observation or neglect of this maxim consists what is called the equality or inequality of taxation [...]*” (SMITH, Adam. *An Inquiry into the Nature and Causes of the*

A doutrina parece atribuir a Benvenuto Griziotti o mérito de introduzir o tema como objeto de preocupação da ciência jurídica⁹. Perez De Ayala observa a respeito que:

[...] Griziotti que foi quem aperfeiçoou definitivamente o conceito de 'causa' elaborado por Raneletti, situou-se inicialmente afirmando que a causa da obrigação tributária encontra-se na participação do contribuinte nas vantagens gerais e particulares que derivam da atividade e da própria existência do Estado, e posteriormente, influenciado por Jarach, retificou parcialmente dizendo que a causa é a capacidade contributiva enquanto sintoma daquela participação. Contudo, a obra de Griziotti e seus seguidores sofreu derrotas extremas. Não é demais resumir aqui, de forma breve, uma posição de equilíbrio a respeito da obra do ilustre autor, que foi um primeiro passo na doutrina [...].¹⁰

Em nosso país, foi a Constituição de 1946, que expressamente, consagrou o postulado da capacidade contributiva, como relata Regina Helena Costa:

[...] No Brasil, após a Constituição Imperial, as Cartas de 1891, 1934 e 1937 mostraram-se tímidas ou omissas a respeito de algum dispositivo que prestigiasse o postulado da capacidade contributiva. Foi somente com a democrática Constituição de 1946, que o princípio ganhou o merecido realce, face à dicção de seu artigo 202, assim vazado: 'Art. 202 – Os tributos terão caráter pessoal sempre que isso for possível, e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte.'¹¹

Wealth of Nations, 1776). Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/PesquisaObraForm.do>>, acesso em: 16 ago. 2007.

9 “[...] A introdução do tema como objeto de preocupação da Ciência Jurídica deveu-se ao trabalho do professor Benvenuto Griziotti, em 1929, e da escola de seus discípulos, conhecida como Escola de Pavia, uma vez que, até então, o assunto continuava restrito à apreciação dos estudiosos da Ciência das Finanças. Para Griziotti, a capacidade contributiva era a própria causa da obrigação tributária [...]”. (COSTA, Regina Helena, Op. cit., p. 17).

10 “[...] *Griziotti, que fue el que perfeccionó decisivamente el primitivo concepto de 'causa' que elaborase Raneletti, se situo inicialmente afirmando que la causa de la obligación tributaria ha de encontrarse en la participación del contribuyente en las ventajas generales y particulares que derivan de la actividad y de la existencia misma del Estado, y posteriormente, influido por Jarach, rectificó en parte diciendo que la causa es la capacidad contributiva en cuanto síntoma de aquella participación. Con todo, como al enjuiciar la obra de Griziotti y sus seguidores las valoraciones han sólido seguir derroteros extremos. No estará de más resumir aquí de forma muy breve, una posición de equilibrio respecto a la obra del ilustre autor, que empieza a abrirse paso en la doctrina [...]*” (PEREZ DE AYALA; GONZALEZ, Eusebio. *Curso De Derecho Tributario*, p. 174).

11 COSTA, Regina Helena, Op. cit., p. 18.

A Constituição de 1988 manteve parcialmente (ao substituir “tributos” por “impostos”), em seu artigo 145, parágrafo 1º, a previsão expressa quanto a capacidade contributiva, ao preceituar que “[...] Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte [...].”

Moschetti nos adverte, contudo, que ainda estamos longe de termos um conceito completo de capacidade contributiva:

[...] Este primeiro exame das mais recentes contribuições doutrinárias demonstra que a interpretação do conceito de capacidade contributiva está longe de ter-se completado. A tese que se refere à fruição dos serviços públicos é apriorística e não isenta de contradições. A tese que invoca os princípios tutelares da economia privada, parte de uma justa constatação dos limites da teoria tradicional e situa exatamente a solução do problema (investigando a conexão do artigo 53 e dos valores fundamentais contidos na Constituição) mas se mostra mais atenta ao aspecto garantista (tutela dos interesses do contribuinte individual) que ao aspecto solidário (tutela do interesse público) do princípio da capacidade contributiva [...].¹²

Contudo, aqui pretendemos examinar a aplicação do princípio da capacidade contributiva aos sujeitos passivos tributários e verificar se é possível admiti-la (ou não) em favor das pessoas jurídicas. Não se vai além, aqui, de pretender introduzir uma breve reflexão sobre o tema.

2 Conceito de capacidade contributiva

A expressão “capacidade contributiva” (também chamada por alguns de “capacidade econômica do contribuinte”) é uma expressão que, embora utilizada amiúde, enseja margem a ambiguidades, como observa Alfredo Becker:

[...] Tomada em si mesma, a locução ‘capacidade contributiva’ – salienta Emílio Giardina – significa apenas: possibilidade de suportar o

¹² “[...] *Este primer examen de las más recientes aportaciones doctrinales demuestra ya que la interpretación del concepto de capacidad contributiva está lejos de haberse completado. La tesis que se refiere al disfrute de los servicios públicos es apriorística y no exenta de contradicciones. La tesis que invoca los principios tuteladores de la economía privada, parte de una justa constatación de los límites de la teoría tradicional y sitúa exactamente la solución del problema (investigando la conexión del artículo 53 y los valores fundamentales contenidos en la constitución) pero se muestra más atenta al aspecto garantista (tutela del interés público) del principio de capacidad contributiva [...]*” (MOSCHETTI, Francesco, Op. cit., p. 96).

ônus tributário [...] Esta expressão, por si mesma, é recipiente vazio que pode ser preenchido pelos mais diversos conteúdos; trata-se de locução ambígua que se presta às mais variadas interpretações [...].¹³

Não obstante, vários autores tentaram (e tentam) conceituar a capacidade contributiva.

Uma teoria (tendo por defensor, dentre outros, Gaffuri) estabelece que só é capacidade contributiva aquela riqueza que possa ser extraída sem prejudicar a sobrevivência da organização econômica gravada.¹⁴ A sobrevivência da economia privada ficaria excluída se o Estado, além de extrair o fruto, pretendesse esgotar a própria fonte. Assim, o legislador tributário não poderá assumir como pressuposto do tributo uma riqueza atual que constitua fonte produtiva; ao inverso, o incremento futuro desta riqueza será suscetível à tributação.¹⁵

MOSCHETTI critica esta tese, demonstrando que ela diverge claramente da opinião mais comum, que considera manifestações típicas da capacidade contributiva a renda e o patrimônio. Observa ainda que:

[...] o perigo hipotético para a economia privada está contradito pela experiência dos países capitalistas avançados que há vários decênios aplicam o imposto sobre o patrimônio (às vezes com tipos ligeiramente progressivos) e têm, não obstante (e, melhor, graças a ele), uma economia privada mais ampla e eficiente que a italiana [...].¹⁶

13 BECKER, Alfredo, Op. cit., p. 481.

14 Gaffuri, L'attitudine alla contribuzione, p. 152, in MOSQUETTI, Francesco. *El principio de capacidad contributiva*. Trad. Juan M. Calero Gallego e Rafael Navas Vazquez. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1980, p. 74: “[...] *En particular, puesto que la supervivencia de la economía privada quedaría excluida si el Estado pretendiese detraer ‘no solo el fruto parcial, referido a un determinado periodo di tiempo de la fuente productiva en posesión privada, sino también y sobre todo la propia fuente’[...]*”.

15 Tradução livre a partir da versão, em espanhol, de GALLEGO & VAZQUEZ: “[...] *Sólo es capacidad contributiva aquella riqueza que pueda ser detraída sin perjudicar la supervivencia de la organización económica gravada. En particular, puesto que la supervivencia de la economía privada quedaría excluída si el Estado pretendiese detraer ‘no sólo el fruto parcial, referido a un determinado periodo de tiempo de la fuente productiva en posesión privada, sino también y sobre todo la propia fuente’, el legislador tributario no podrá asumir como presupuesto del tributo una riqueza actual que constituya fuente productiva; a la inversa, el incremento futuro de esta riqueza será de suyo susceptible de exacción [...]*” MOSCHETTI, Francesco. *El principio de capacidad contributiva*. Trad. Juan M. Calero Gallego e Rafael Navas Vazquez. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1980..

16 MOSCHETTI, Francesco, Op. cit., p. 79.

Outra tese (defendida, v.g., por MAFFEZZONI)¹⁷ propõe a relação entre capacidade contributiva e a fruição de serviços públicos.

Moschetti também critica esta posição, observando que:

[...] para esta doutrina, a tese tradicional violaria (em primeiro lugar) o princípio da igualdade, posto que permitiria impor a idêntica capacidade econômica, igual prestação tributária tanto a quem manifesta signos de desfrute de serviços públicos como a quem não os manifesta, por exemplo, tanto ao estrangeiro que transita ocasionalmente pelo país como a quem opera nele estavelmente [...].¹⁸

Complementa informando que a doutrina tradicional é contrária a esta relação.¹⁹ Distinguem-se, portanto, os ingressos públicos entre contributivos (aqueles aptos à contribuição, conforme a capacidade contributiva) e os comutativos, “[...] os que encontram sua justificativa na troca de utilidades são ingressos a título comutativo [...]”.²⁰

Faz-se necessário, portanto, admitirmos que o conceito jurídico de capacidade contributiva é distinto de noções próximas, oriundas das demais ciências (v.g. Direito Financeiro e Economia). Como bem expôs Moschetti: “[...] O princípio da capacidade contributiva não pode ser interpretado somente com base na ciência econômica, pois esta é incapaz de oferecer critérios interpretativos determinados e unívocos [...]”.²¹

A interpretação do princípio da capacidade contributiva, portanto, precisa ser feita em consonância com os princípios constitucionais.

Para uma adequada construção de um conceito jurídico de capacidade contributiva, o primeiro (e decisivo) passo é observar que não coincide com a capacidade econômica (embora esta seja um pressuposto daquela). Como

17 “[...] Maffezzoni, *La Capacidad contributiva nel diritto finanziario*, cit., 58; *Idem*, *Profili di una teoria giuridica generale dell'imposta*, Milán, 1969, p. 22 [...]” (MOSCHETTI, Francesco. *El principio de capacidad contributiva*, Op. cit., p. 82)

18 MOSCHETTI, Francesco, Op. cit., p. 83.

19 “[...] Una tesis todavía más reciente ha sometido a una crítica rigurosa el concepto de capacidad contributiva y ha propuesto referir la capacidad contributiva a las manifestaciones de disfrute de los servicios públicos [...]” (MOSCHETTI, Francesco, Op. cit., p. 84).

20 “[...] Constituyen cumplimiento de un deber de solidaridad y se encuadran en el artículo 53, sólo aquellos tributos que estén justificados por un hecho particular del contribuyente (renta, patrimonio, gasto, etc.) prescindiendo del disfrute de un bien o servicio públicos. Sólo estos son ingresos a título contributivo, mientras los que encuentran su justificación en un intercambio de utilidades son ingresos a título conmutativo [...]” (MOSCHETTI, Op. cit., p. 145).

21 “[...] Si bien el principio de capacidad contributiva ha visto la luz en el ámbito de la ciencia económica, no podemos remitirnos inmediatamente a ella puesto que no está en situación de suministrar por sí mismo criterios interpretativos determinados y unívocos [...]” (MOSCHETTI, Op. cit., p. 110).

demonstra Moschetti: “[...] Se é certo que não pode haver capacidade contributiva na ausência de capacidade econômica, também é certo que podem existir capacidades econômicas que não demonstram aptidão para a contribuição [...]”.²²

A capacidade econômica, portanto, é pressuposto da capacidade contributiva, mas sobre ela se agregam valores jurídicos que determinam selecionar, dentre os eventos econômicos, aqueles aptos à contribuição. Na lição de Betina Gruppenmacher: “[...] Capacidade Contributiva pressupõe capacidade econômica, que corresponde à potencialidade econômica, aptidão para contribuir por possuir patrimônio renda ou disposição desta através de consumo[...]”.²³

A capacidade contributiva, assim, não está em toda manifestação de riqueza, mas apenas naquela que se revelar idônea a concorrer aos gastos públicos, à luz das exigências constitucionais.²⁴

É que a capacidade contributiva não é regida pelas regras da economia, mas sim pelos princípios constitucionais. O primeiro deles o da igualdade, como demonstra Roque Carraza:

[...] O princípio da capacidade contributiva hospeda-se nas dobras do princípio da igualdade e ajuda a realizar, no campo tributário, os ideais republicanos. Realmente, é justo e jurídico que quem, em termos econômicos, tem muito pague, proporcionalmente, mais imposto do que quem tem pouco. Quem tem maior riqueza deve, em termos proporcionais, pagar mais imposto do que quem tem menor riqueza. Noutras palavras, deve contribuir mais para a manutenção da coisa pública. As pessoas, pois, devem pagar impostos na proporção dos seus haveres, ou seja, de seus índices de riqueza [...].²⁵

Moschetti, ao examinar o princípio da capacidade contributiva, identifica a conexão com o princípio da solidariedade:

[...] Portanto, a prestação tributária está considerada no artigo 53 sob o aspecto de cooperação geral para conseguir um fim que interessa

22 “[...] Precisemos ahora que la capacidad contributiva, aun presuponiendo la capacidad económica, no coincide totalmente con ella. Si bien es cierto que no puede haber capacidad contributiva en ausencia de capacidad económica, también es cierto que pueden existir capacidades económicas no demostrativas de aptitud para la contribución [...]” (MOSCHETTI, Op. cit., p. 275-276).
23 , Betina Treiger. A Reforma Tributária e a Afronta aos Direitos Fundamentais, *Revista Fórum de Direito Tributário*, v. 5, set-out. 2003.

24 “[...] *Capacidad contributiva no es, por tanto, toda manifestación de riqueza, sino sólo aquella potencia económica que debe juzgarse idónea para concurrir a los gastos públicos, a la luz de las fundamentales exigencias económicas y sociales acogidas en nuestra Constitución [...]*” (MOSCHETTI, Op. cit., p. 277).

25 CARRAZA, Roque. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, p. 87.

não só ao indivíduo, mas a toda comunidade em que aquele se insere. Estão presentes todos os elementos do dever de solidariedade: o sacrifício de um interesse individual, a ausência ou irrelevância de uma contraprestação direta e a finalidade de interesse coletivo [...].²⁶

A capacidade contributiva, além disso, deve respeitar a liberdade de iniciativa econômica e a propriedade privada. Mas muitos outros princípios constitucionais são afins à capacidade contributiva, como a igualdade (ou isonomia), progressividade e seletividade tributárias.

A capacidade contributiva, então, assume (pelo menos) duas importantes funções, como explica Diego Fabo:

[...] o princípio da capacidade econômica cumpre, no ordenamento espanhol, dupla função. Por um lado, manifesta-se como fundamento que justifica o próprio fato de contribuir e, portanto, constitui o elemento indissociável da tipificação legal impositiva que legitima o tributo. E, por outro, é a medida ou proporção da contribuição individual dos sujeitos obrigados a sustentar os gastos públicos [...].²⁷

O gravame, então, não deve atingir a totalidade dos bens e rendas do sujeito passivo, mas a riqueza suficiente para fazer frente ao ônus tributário: “[...] Por outro lado, e no que respeita ao princípio da capacidade econômica ou de capacidade contributiva, tem conteúdo essencial que se identifica com a titularidade dos meios econômicos, com a posse de uma riqueza suficiente para fazer frente ao pagamento do tributo [...]”.²⁸

O legislador, portanto, submetido ao princípio da capacidade contributiva, deve assumir uma postura seletiva, em relação aos fatos e atos econômicos passíveis de figurar no aspecto material da hipótese de incidência tributária. Como afirma Perez De Ayala: “[...] na relação impositiva o critério justificativo, a razão última

26 “[...] Por tanto, la prestación tributaria está considerada en el artículo 53 bajo el aspecto de la cooperación general para conseguir un fin que interesa no ya al individuo, sino a toda la comunidad en que aquél se inserta. Están presentes todos los elementos del deber de solidaridad: el sacrificio de un interés individual, la ausencia o irrelevancia de una contraprestación directa y la finalidad de interés colectivo [...]” (MOSCHETTI, Op. cit., p. 124).

27 “[...] el principio de capacidad económica cumple en nuestro ordenamiento una doble función. Por una parte, se manifiesta como fundamento que justifica el hecho mismo de contribuir y, por tanto, constituye el elemento indisoluble de la tipificación legal impositiva que legitima el tributo. Y, por otra, es la medida o proporción de cada contribución individual de los sujetos obligados al sostenimiento de los gastos públicos...” (FABO, Diego Marin-Barnuevo, Op. cit., p. 21).

28 “[...] Por otro lado, y en lo que respecta al principio de capacidad económica o de capacidad contributiva, tiene un contenido esencial que se identifica con la titularidad de medios económicos, con la posesión de una riqueza suficiente para hacer frente al pago de los tributos [...]” (FABO, Diego Marin-Barnuevo, Op. cit., p. 20).

pela qual a lei toma um fato da vida como pressuposto de uma obrigação tributária, é a existência de uma capacidade contributiva da qual dito fato pode se considerar índice ou sintoma [...].²⁹

Alfredo Becker classifica estes atos/fatos com a expressão “signos presuntivos de riqueza”:

[...] Nos países cuja Constituição juridicizou o ‘princípio da capacidade contributiva’, convertendo-o em regra jurídica constitucional, o legislador está juridicamente obrigado a escolher para a composição da hipótese de incidência das regras jurídicas tributárias, fatos que sejam signos presuntivos de renda ou capital acima do mínimo indispensável [...].³⁰

Portanto, fala-se de uma capacidade contributiva objetiva, e não subjetiva, como leciona Roque Carraza:

[...] A capacidade contributiva à qual alude a Constituição e que a pessoa política é obrigada a levar em conta ao criar, legislativamente, os impostos de sua competência é objetiva, e não subjetiva. É objetiva porque se refere não às condições econômicas reais de cada contribuinte, individualmente considerado, mas às suas manifestações objetivas de riqueza (ter um imóvel, possuir um automóvel, ser proprietários de jóias ou obras de arte, operar em Bolsa, praticar operações mercantis, etc.) [...] Fatos que Alfredo Augusto Becker, com muita felicidade, chamou de fatos-signos presuntivos de riqueza [...].³¹

É que, na feliz síntese de Emílio Millan, a capacidade contributiva começa na riqueza não destinada à manutenção vital:

[...] Na verdade, a doutrina concorda que o mínimo isento constitui uma consequência lógica da tributação conforme a capacidade contributiva, sempre que a mesma seja entendida como capacidade econômica apta a contribuição. Desta perspectiva deve-se afirmar que nem toda capacidade econômica constitui capacidade contributiva, mas que, como afirma Forte, esta ‘começa onde a riqueza não está destinada às necessidades mínimas da vida’.³²

29 PEREZ DE AYALA, Op. cit., p. 173.

30 BECKER, Alfredo, Op. cit., p. 528.

31 CARRAZA, Roque. *Curso de direito constitucional tributário*, p. 90.

32 “[...] En realidad, la doctrina ha coincidido en señalar que el mínimo exento constituye una consecuencia lógica de la tributación conforme la capacidad contributiva, siempre que la misma haya sido entendida como capacidad económica apta para la contribución. Desde esta perspectiva

O Estado, ao pretender tributar os “signos presuntivos de riqueza” dos sujeitos passivos, não pode restringir-se a uma análise puramente econômica ou retributiva. As realidades produzidas pela economia privada são, sem dúvida, o ponto de partida, mas a tributação deve ser válida, à luz do Direito. Portanto, como lembra Moschetti:

[...] Em consequência, ao gravar os recursos indicados mais acima é necessário: 1. eximir, em qualquer hipótese, uma parte correspondente ao mínimo vital pessoal e familiar; 2. E ter em conta todos aqueles gastos e elementos passivos que, ainda que não inerentes à produção da renda, influem em qualquer caso sobre a situação econômica do contribuinte [...].³³

3 A capacidade contributiva nos tributos extrafiscais

Parece-nos pertinente ao tema esposado investigar se o princípio da capacidade contributiva é aplicável aos *tributos extrafiscais*.

Luciano Amaro relata-nos o que se entende por tributos extrafiscais:

[...] Segundo o objetivo visado pela lei de incidência seja (a) prover de recursos à entidade arrecadadora ou (b) induzir comportamentos, diz-se que os tributos têm finalidade arrecadatória (ou fiscal) ou finalidade regulatória (ou extrafiscal). Assim, se a instituição de um tributo visa, precipuamente, a abastecer de recursos os cofres públicos (ou seja, a finalidade da lei é arrecadar), ele se identifica como tributo de finalidade arrecadatória. Se, com a imposição, não se deseja arrecadar, mas estimular ou desestimular certos comportamentos, por razões econômicas, sociais, de saúde etc., diz-se que o tributo tem finalidades extrafiscais ou regulatórias. A extrafiscalidade, em maior ou menor grau, pode estar presente nas várias figuras impositivas.³⁴

Betina Grupenmacher justifica, com propriedade, a *ratio* da função extrafiscal dos tributos:

debe afirmarse que no toda capacidad económica constituye capacidad contributiva, sino que, como afirma Forte, ésta ‘comienza donde la riqueza no está ya destinada a las necesidades mínimas de la vida [...]’ (MILLÁN, Emilio Cencerrado. *El Mínimo Exento en el Sistema Tributario Español*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 31).

³³ “[...] *En consecuencia al gravar los recursos indicados más arriba es necesario: 1) eximir en todo caso una parte correspondiente al mínimo vital personal y familiar; 2) y tener en cuenta todos aquellos gastos y elementos pasivos que, aun no siendo inherentes a la producción de la renta, influyen en cualquier caso sobre la situación económica del contribuyente[...]’* (MOSCHETTI, Op. cit., p. 266).

³⁴ AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*, p. 89.

[...] O Estado social é necessariamente intervencionista. Nele, o tributo deixa de ser simples fonte de receita para o Estado, passando a ser utilizado como instrumento de realização de justiça. Vale-se do princípio da capacidade contributiva como meio de onerar aqueles economicamente mais favorecidos, sendo utilizado também de forma extrafiscal, criando benefícios para regiões mais pobres. Dessa forma, a observância do princípio da igualdade no tratamento atribuído ao sujeito passivo, seja na fase legislativa, seja na fiscalização e arrecadação de tributos é um forte instrumento de redistribuição de riquezas [...].³⁵

A questão que se coloca é se, mesmo no desempenho de funções extrafiscais, os tributos devem (ou não) observar a capacidade contributiva. Concordamos com a visão de Moschetti, que submete a análise à ótica do respeito à liberdade de iniciativa e à propriedade privada:

[...] Devem ser respeitados, em particular, os direitos fundamentais relativos à liberdade de iniciativa econômica e à propriedade privada. As intervenções de incentivo ou de dissuasão são, desde logo, legítimas enquanto se limitam a fazer mais ou menos atrativas certas atividades econômicas, modificando os termos de conveniência oferecidos pelo mercado e deixando, portanto, em liberdade substancial, ainda que condicionada, a iniciativa econômica. Tornar-se-iam, ao revés, ilegítimas se tivessem como consequência a impossibilidade prática de empreender ou manter determinadas atividades [...].³⁶

Alfredo Becker, ainda, observa que não existe qualquer contradição entre o princípio da capacidade contributiva e a função extrafiscal dos tributos. Ao contrário, é decorrência (no mais das vezes) da aplicação deste princípio:

[...] Embora Emilio Giardina manifeste reservas quanto a conveniência e praticabilidade da tributação extrafiscal no tocante à repartição da propriedade, contudo reconhece e demonstra que a tributação extrafiscal não contradiz a regra constitucional que juridicizou o

35 GRUPENMACHER, Betina Treiger. A Reforma Tributária e a Afronta aos Direitos Fundamentais, *Revista Fórum de Direito Tributário*, Volume 5, set-out/2003.

36 “[...] *Deben ser respetados, en particular, los derechos fundamentales relativos a la libertad de iniciativa económica y a la propiedad privada. Las intervenciones de incentivo o de disuasión son, desde luego, legítimas mientras se limitan a hacer más o menos atractivas ciertas iniciativas económicas, modificando los términos de conveniencia ofrecidos por el mercado y dejando, por tanto en libertad sustancial, aunque condicionada, la iniciativa económica. Se tornarían, en cambio, ilegítimas si tuvieran como consecuencia la imposibilidad práctica de emprender o mantener determinadas actividades [...]*” (MOSCHETTI, Op. cit., p. 291).

princípio da capacidade contributiva, podendo esta regra constitucional harmonizar-se perfeitamente com a tributação extrafiscal. Na verdade, a tributação extrafiscal, ao criar ou aumentar um tributo e ao isentar ou reduzir outro tributo, sempre poderá e deverá (existindo regra jurídica constitucional em exame) fazê-lo em relação à riqueza do contribuinte e resguardando o mínimo indispensável [...].³⁷

E, na verdade, a função extrafiscal dos tributos hoje é aplicada em todos os Estados modernos, não como exceção, mas (também) por força do princípio da capacidade contributiva, como esclarece Moschetti:

[...] Limitamo-nos a constatar que, de fato, hoje todos os Estados modernos, após uma longa evolução, utilizam o imposto com fins econômicos e sociais; isso confirma a tese, aqui sustentada, de que o artigo 53 não só não exclui tal utilização, mas que, pelo contrário, a requer, nos limites em que a capacidade econômica, para ser capacidade contributiva, deve qualificar-se à luz das exigências coletivas [...].³⁸

Em verdade, é possível identificar no Direito Positivo (inclusive em nosso país) diversos tributos em que a função extrafiscal predomina. Podemos lembrar (à guisa de exemplo) das inúmeras formas de isenções, benefícios fiscais, reduções de alíquota e assemelhados, conferidos aos sujeitos passivos (inclusive e preferencialmente às pessoas jurídicas, em especial sociedades empresárias).

4 A capacidade contributiva e o sujeito passivo tributário

Sujeito passivo da relação jurídica tributária, diz Paulo De Barros Carvalho: “[...] é a pessoa – sujeito de direitos – física ou jurídica, privada ou pública, de quem se exige o cumprimento da prestação: pecuniária, nos nexos obrigacionais; e insuscetível de avaliação patrimonial, nas relações que veiculam meros deveres instrumentais ou formais [...]”.³⁹ Diz-se que possui “capacidade tributária passiva”, ou, na expressão de Hector Villegas, “destinação legal tributária”.⁴⁰

37 BECKER, Alfredo, Op. cit., p. 500.

38 “[...] *Nos limitamos a constatar que, de hecho, hoy todos los Estados modernos, tras una larga evolución, utilizan el impuesto con fines económicos y sociales; esto confirma la tesis, aquí sostenida, de que el artículo 53 no sólo no excluye tal utilización, sino que, por el contrario, la requiere, en los límites en que la capacidad económica, para ser capacidad contributiva, debe cualificarse a la luz de las exigencias colectivas [...]*” (MOSCHETTI, Op. cit., p. 283).

39 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*, p.304.

40 “[...] *Destinatário legal tributário, na feliz concepção de Hector Villegas, é o personagem envolvido e incluído, participe no acontecimento do fato impositivo e a quem uma norma jurídica obriga a sofrer*

Dino Jarach acrescenta que a capacidade tributária passiva é distinta da capacidade civil, pois o incapaz (aos olhos do Direito Civil) pode possuir capacidade tributária passiva (como, aliás, preceitua nosso Código Tributário Nacional). Complementa que é capaz (para a sujeição passiva tributária) o sujeito ao qual, pela natureza do fato impositivo, este pode ser atribuído.⁴¹

Não se confunde, todavia, *capacidade tributária passiva* e *capacidade contributiva*. Enquanto a primeira se refere ao critério pessoal da regra matriz de incidência (em geral, definida em lei), a capacidade contributiva constitui princípio constitucional.⁴²

A capacidade contributiva condiciona a seleção, pelo legislador, dos sujeitos passivos aptos a integrar a regra matriz, como esclarece Moschetti:

[...] Passemos agora do aspecto objetivo para o aspecto subjetivo, para perguntarmos quem é o sujeito que está “obrigado a contribuir aos gastos públicos” de acordo com a mesma norma. A questão não

a carga do tributo, ligada, como consequência, à hipótese de incidência condicionante.” (COSTA, Regina Helena, Op. cit., p. 58).

41 “[...] Se suele afirmar que la diferencia entre capacidad de derecho privado y capacidad tributaria consiste en que los sujetos que son jurídicamente capaces para el derecho privado lo son también para el derecho tributario, pero que hay sujetos que no poseen capacidad de derecho privado y que, sin embargo, son considerados sujetos pasivos en el derecho tributario. Esto es cierto: sin embargo, no excluye la posibilidad de que, a pesar de la capacidad jurídica de un sujeto, el hecho imponible que prima facie debería serle atribuido, se atribuya a otro sujeto, pasando por alto la capacidad jurídica del primero, por ser el segundo el sujeto al cual económica y efectivamente corresponde la capacidad contributiva, causa del tributo. El problema ya ha sido tratado en cuanto hemos hablado de la naturaleza económica del criterio de atribución y de la autonomía dogmática del derecho tributario frente al derecho privado en lo que se refiere precisamente a la atribución: tenemos que volver ahora sobre el argumento, demostrando que la capacidad tributaria se resuelve en la imputabilidad del hecho imponible: es tributariamente capaz el sujeto al cual, por la naturaleza del hecho imponible, éste puede ser atribuido [...]” (JARACH, Dino. *El Hecho Imponible*, p. 189).

42 “[...] Sainz de Bujanda alerta para que não se confunda a noção de capacidade tributária passiva com a de capacidade contributiva. Anota, *in verbis*: “Hay que tener buen cuidado en no confundir la noción constitucional de capacidad contributiva a la que ahora me estoy refiriendo - con el concepto de capacidad jurídica tributaria pasiva. La noción constitucional opera como límite al ejercicio del poder impositivo por el legislador ordinario: es, pues, un concepto que enmarce el despliegue de la normativa legal; el concepto de capacidad stricto sensu, deriva, en cambio, de la ley ordinaria, en cuanto que es ésta la que determina los requisitos que el ordenamiento exige para que las personas, naturales o jurídicas, puedan asumir una posición jurídica pasiva dentro de la relación jurídica tributaria, en la que el sujeto activo es la Administración Pública. La distinción es, como puede verse, transcendental. Una posible infracción, por el legislador ordinario, de la norma constitucional que impone el principio de la capacidad contributiva, podrá llevar aparejada la declaración de inconstitucionalidad del precepto que dé origen a la infracción; la existencia de una capacidad defectuosa del sujeto pasivo, dentro del ámbito de una relación jurídica tributaria, afectará, en cambio, al contenido obligacional de esa relación, mas no a la validez de la norma en que el vínculo tributario encuentre su fundamento [...].” (BUJANDA, Sainz de. Apud COSTA, Regina Helena, Op. cit., p. 59).

carece de importância, posto que o artigo 53 estabelece uma conexão entre “todos” (obrigados a contribuir) e “sua” própria capacidade contributiva. Isto comporta, de um lado, que quem é obrigado a contribuir aos gastos públicos deve pagar em razão da capacidade contributiva própria e não alheia; de outro, que a capacidade contributiva deve fazer surgir um dever de contribuir aos gastos públicos para os titulares da mesma e não para outros [...].⁴³

Ou ainda, na lição de Alfredo Becker:

[...] Primeira ressalva – Nos países cujo sistema jurídico encontra-se integrado com regra jurídica constitucional que impõe o ‘princípio da capacidade contributiva’, o legislador ordinário tem o dever jurídico de escolher para sujeito passivo da relação jurídica tributária: a) aquela pessoa de cuja renda ou capital, acima do mínimo indispensável, a hipótese de incidência é fato-signo presuntivo [...].⁴⁴

Possuir capacidade tributária passiva não é suficiente, portanto, para determinar que a resposta pela imposição tributária, uma vez que a pessoa pode não ter aptidão jurídica para suportá-lo.

Exige-se que o sujeito passivo tenha o dever de solidariedade com as demais pessoas (o que exclui os estrangeiros não residentes, por exemplo).⁴⁵

Também é necessário que a incidência recaia sobre o sujeito ao qual se possa atribuir a capacidade contributiva (e desde que relacionado ao fato gerador), como explica Jarach.⁴⁶

43 “[...] Pasemos ahora del aspecto objetivo al aspecto subjetivo, para preguntarnos quién es el sujeto que está ‘obligado a contribuir a los gastos públicos’ de acuerdo con la misma norma. La cuestión no carece de importancia, puesto que el artículo 53 establece una conexión entre ‘todos’ (obligados a contribuir) y ‘su’ propia capacidad contributiva. Esto comporta, de un lado, que quienes contribuyen a los gastos públicos deben pagar en razón a la capacidad contributiva propia y no ajena; de otro, que la capacidad contributiva debe hacer surgir un deber de contribuir a los gastos públicos para los titulares de la misma y no para otros [...]” (MOSCHETTI, Op. cit., p. 233).

44 BECKER, Alfredo A, Op. cit., p. 280.

45 “[...] El ente público podrá imponer la obligación tributaria sólo a aquellas personas frente a las cuales pueda configurarse un deber de solidaridad hacia los demás miembros del grupo social, y esto requiere no una mera presencia momentánea en el territorio nacional, sino una vinculación duradera. La conexión con el ente impositor no despliega sus efectos sólo como límite de eficacia o de oportunidad de la ley tributaria, sino también como requisito mínimo, necesario para justificar un deber de solidaridad [...]” (MOSCHETTI, Op. cit., p. 253).

46 “[...] Si el principio de la capacidad contributiva es la causa del impuesto, será en primer término obligado al tributo el sujeto que se HALLA en una relación tal con el hecho imponible, que a él se pueda atribuir en vía principal la capacidad contributiva [...]” (JARACH, Dino, *El Hecho Imponible*, p. 168).

5 A eficácia do princípio em relação às pessoas jurídicas

A tendência tradicional da doutrina é negar a aplicação do princípio da capacidade contributiva às pessoas jurídicas. Regina Costa explica a respeito:

[...] Portanto, não é somente porque alguém formalmente pode ser sujeito passivo da relação jurídica tributária, que poderá nela figurar. Há que se verificar se, materialmente, estão presentes as condições que o fazem de sujeito passivo em potencial para efetivo contribuinte ou responsável. Do até aqui exposto, pode-se concluir que o conceito de capacidade contributiva é aplicável somente às pessoas físicas, não tendo nenhuma influência quanto às pessoas jurídicas. Essa, realmente, é a orientação majoritária [...].⁴⁷

Dino Jarach, citando Adriani, relata que o principal argumento neste sentido é que: “[...] não se pode estender o princípio da capacidade contributiva às sociedades sem mudar o significado próprio do princípio [...]”.⁴⁸

Jarach prossegue, explicando a posição de Pugliese e Adriani:

[...] outra observação foi feita por Pugliese e Adriani para negar que o princípio da capacidade contributiva constitua seu fundamento. Afirma-se, a efeito, que este princípio tem significado somente para as pessoas físicas e não para as pessoas jurídicas. Esta afirmação, sem embargo, leva-nos a um conceito de capacidade contributiva próprio de certas doutrinas financeiras, segundo as quais somente as pessoas físicas podem ser tomadas em conta como sujeitos da imposição segundo o princípio da capacidade contributiva, porque as pessoas jurídicas não são senão ficções, que não possuem, pois, uma capacidade contributiva própria [...].⁴⁹

47 COSTA, Regina Helena, Op. cit., p. 51.

48 “[...] Puede ser que tenga razón Adriani, en cuanto afirma que no se puede extender el principio de la capacidad contributiva a las sociedades sin cambiar el significado del principio mismo [...]” (JARACH, Dino, Op. cit., p. 115-116).

49 “[...] otra observación ha sido hecha por Pugliese y Adriani, para negar que el principio de la capacidad contributiva constituya su fundamento. Se ha afirmado, en efecto, que este principio tiene un significado solamente para las personas físicas y no para las personas jurídicas. Esta afirmación, sin embargo, nos lleva a un concepto de capacidad contributiva propio de ciertas doctrinas financieras, según las cuales solamente las personas físicas pueden ser tomadas en cuenta como sujetos de la imposición según el principio de la capacidad contributiva, porque las personas jurídicas no son sino ficciones, que no poseen, pues, una capacidad contributiva propia [...]” (JARACH, Dino, Op. cit., p. 114-115).

Concordamos, contudo, com a visão, exposta por Dino Jarach, no sentido da aplicabilidade do princípio da capacidade contributiva às pessoas jurídicas:

[...] Mas isto não é senão outra maneira de afirmar que o conceito de capacidade contributiva da ciência das finanças ou de uma determinada teoria financeira não é o mesmo conceito de direito tributário; este é um conceito mais genérico, em que somente se reconhece que um aspecto da riqueza de uma pessoa, física ou jurídica, é considerado suficiente para representar um fato imponible e que a imposição se realiza segundo a magnitude do fato imponible. Não se pode duvidar, deste ponto de vista, também os impostos sobre os rendimentos ou o capital das sociedades comerciais têm como elemento característico do fato imponible, como fundamento da impunibilidade, o conceito de capacidade contributiva [...].⁵⁰

Como explica Regina Costa, não há reais contradições entre a capacidade contributiva e sua aplicação às pessoas jurídicas.⁵¹ Ao contrário, contradiz a interpretação sistemática da Constituição supor o contrário.

Como observa Alfredo Becker: “[...] O legislador, ao estruturar a regra jurídica tributária, tem liberdade (com as duas ressalvas abaixo indicadas) de escolher qualquer pessoa (física ou jurídica ou estatal) para sujeito passivo da relação jurídica tributária [...]”.⁵² E assim ocorre porque as pessoas jurídicas, em nossa ordem constitucional e em diversas outras, são autorizadas a possuir patrimônio, a desenvolverem atividades econômicas (que lhe asseguram renda), a circularem mercadorias, industrializarem produtos, aplicarem seus recursos financeiros, enfim, a atuação das pessoas jurídicas no campo econômico é igual ao das pessoas naturais.

Vamos além: a capacidade econômica das pessoas jurídicas é, muito frequentemente, superior à da maioria das pessoas naturais. Basta lembrar-se de setores econômicos restritos às pessoas jurídicas, como instituições financeiras

50 “[...] Pero esto no es sino otra manera de afirmar que el concepto de capacidad contributiva de la ciencia de las finanzas o de una determinada teoría financiera no es el mismo concepto del derecho tributario; éste es un concepto más genérico, en que solamente se reconoce que un aspecto de la riqueza de una persona, física o jurídica, es considerado suficiente para representar un hecho imponible y que la imposición se realiza según la magnitud del hecho imponible. No se puede dudar que, desde este punto de vista, también los impuestos sobre los réditos o el capital de las sociedades comerciales tienen como elemento característico del hecho imponible, como fundamento de la impunibilidad, el concepto de capacidad contributiva [...]” (JARACH, Dino, Op. cit., p. 115-116).

51 “[...] Entendemos que, feitas pequenas adaptações ao conceito clássico, o postulado da capacidade contributiva tem aplicação também em relação às pessoas jurídicas, sem alteração de sua essência como vetor para o exercício de uma tributação justa em matéria de impostos [...]” (COSTA, Regina Helena, Op. cit., p. 60).

52 BECKER, Alfredo Augusto, Op. cit., p. 279.

(que possuem, inegavelmente, capacidade econômica muito superior às pessoas físicas em geral).

Por outro lado, seria válido, no mundo pós-moderno (ou transmoderno, ou segundo alguns, “hipermoderno”) continuar-se falando de uma pessoa jurídica que “não existe”, ou que é “somente uma ficção”, ou uma “projeção da personalidade de seus sócios, pessoas físicas”, e ao mesmo tempo olharmos janela afora as grandes corporações, as empresas transnacionais e multinacionais?⁵³

Parece correto o pensamento de Jarach, quando afirma:

[...] É precisamente uma tendência do direito moderno, e o direito tributário se une à tendência geral, de reconhecer cada vez mais a personalidade das entidades coletivas, em particular das sociedades comerciais. No direito tributário esta tendência é evidente: é claro, pois, que se deve admitir uma capacidade contributiva própria destas entidades. A limitação do conceito de capacidade contributiva às pessoas físicas está em contradição com a tendência associacionista moderna e com as tendências do direito a reconhecer personalidade a estas formas coletivas [...].⁵⁴

Aliomar Baleeiro já reconhecia, à luz da Constituição de 1946, a aplicação do princípio da capacidade contributiva às pessoas jurídicas:

Aquele dispositivo [CF/1946, art. 202] não distingue entre contribuintes, de sorte que compreende não só as pessoas físicas mas também as jurídicas, sem que, por isso, o legislador se permita ignorar os problemas financeiros peculiares a estas últimas, assunto de controvérsia entre doutrinadores e de diversidade de técnica financeira nos vários países [...].⁵⁵

O problema se coloca, também, sobre a aplicação do princípio da igualdade que, em nosso direito, encontra expressão na Constituição: “[...] é vedado [...] instituir tratamento desigual entre os contribuintes que se encontrem

53 Muitas destas empresas, de acordo com as estatísticas, possuem faturamento superior àquele de vários Estados soberanos, dentre eles o Brasil.

54 “[...] Desde el punto de vista jurídico, por lo menos, no es posible compartir esta opinión. Es precisamente una tendencia del derecho moderno, y el derecho tributario se une a la tendencia general, la de reconocer cada vez más la personalidad de las entidades colectivas, en particular la de las sociedades comerciales. En el derecho tributario esta tendencia es evidente: es claro, entonces, que se debe admitir una capacidad contributiva propia de estas entidades. La limitación del concepto de capacidad contributiva a las personas físicas está en contradicción con la tendencia asociacionista moderna y con las tendencias del derecho a reconocer personería a estas formas colectivas [...]” (JARACH, Dino, *Op. cit.*, p. 115).

55 BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*, p. 270.

em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão da ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos [...].⁵⁶

Importante observar que a Constituição se refere aos “contribuintes” como destinatários do princípio e não somente às “pessoas naturais”. Como visto, o conceito de “contribuintes” pode atingir tanto pessoas naturais como jurídicas.

Neste sentido, Roque Carraza observa:

[...] Importante destacar que o legislador tem o dever, enquanto descreve a norma jurídica instituidora dos impostos, não só de escolher fatos que exibam conteúdo econômico, como de atentar para as desigualdades próprias das diferentes categorias de contribuintes, sejam elas pessoas físicas ou jurídicas [...].⁵⁷

Carraza, ainda, faz interessante alusão ao princípio da personalidade (correlato à capacidade contributiva), quando afirma:

[...] Podemos concluir, pois, que negar-se a compensação do imposto sobre a renda incidente na fonte sobre os rendimentos auferidos pelas pessoas jurídicas é inconstitucional porque: [...] (b) contraria o princípio da igualdade tributária (art. 150, II) além de atentar contra o caráter pessoal de que o tributo em tela deve revestir-se, por imperativa determinação do princípio da capacidade contributiva (art. 145, §1º da CF) [...].⁵⁸

Por outro lado, assim como às pessoas naturais, também é aplicável às pessoas jurídicas o requisito de “[...] eximir, em qualquer hipótese, uma parte correspondente ao mínimo vital pessoal e familiar [...]”.⁵⁹ É claro que, com as devidas adequações à realidade das pessoas jurídicas, como dispõe Sacha Calmon Coelho: “[...] Perez de Ayala e Eusebio Gonzalez, desde a Espanha, predicam que o princípio da capacidade contributiva estende-se às pessoas jurídicas, as quais têm que satisfazer necessidades operacionais mínimas, sob pena de extinção. Somente após este limite, teriam capacidade contributiva [...]”.⁶⁰

56 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Artigo 150, II.

57 CARRAZA, Roque, Op. cit., p. 87.

58 CARRAZA, Roque, Op. cit., p. 117, nota de rodapé 74.

59 “[...] *En consecuencia al gravar los recursos indicados más arriba es necesario: 1) eximir en todo caso una parte correspondiente al mínimo vital personal y familiar; 2) y tener en cuenta todos aquellos gastos y elementos pasivos que, aun no siendo inherentes a la producción de la renta, influyen en cualquier caso sobre la situación económica del contribuyente[...]*” (MOSCHETTI, Op. cit., p. 266).

60 COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988*. Sistema Tributário. p. 95.

Regina Costa explica, neste sentido:

[...] Assim também nos parece que as pessoas jurídicas ‘têm que satisfazer necessidades mínimas operacionais e de produtividade para sobreviverem como célula econômica e, ao depois, participarem no custeio da despesa pública, pois demonstram inegável aptidão para tal ao manipularem recursos produtivos, numa palavra, riqueza’.⁶¹

Mas, mesmo que se adote a visão tradicional (que exclui as pessoas jurídicas como destinatárias do princípio da capacidade contributiva), seria necessário compatibilizar esta visão com o princípio da igualdade.

A pergunta que se faz é a seguinte: como cumprir o mandamento da igualdade (que veda discriminações entre contribuintes, em questões tributárias) e, ao mesmo tempo, sustentar que a capacidade contributiva não se aplica às pessoas jurídicas?

Poder-se-ia argumentar que pessoas naturais e jurídicas não são “contribuintes que se encontrem em situação equivalente”. Mas é necessário, então, comparar-se a capacidade econômica (no sentido econômico) de algumas pessoas naturais, integrantes das classes A e B em nossa sociedade, com a grande massa de pequenas empresas (a maioria familiares, compostas de ex-desempregados), e pensar novamente: atende aos princípios de Justiça Fiscal, insertos na Constituição, tal discriminação?

A “aparente” contradição de princípios (igualdade e capacidade contributiva) exigiria a ponderação deles, como leciona Luiz R. Barroso:

[...] Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir. [...] Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de tudo ou nada, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. [...] A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante ponderação [...].⁶²

Portanto, basta que a regra matriz de incidência contemple as necessárias adequações entre as duas espécies de pessoas.

61 COSTA, Regina Helena, Op. cit., p. 61.

62 BARROSO, Luiz Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, n.1, 2001.

6 Algumas evidências, no Direito Positivo e Comparado, de aplicação da Capacidade Contributiva, em favor das pessoas jurídicas

Há algumas evidências, em nosso Direito e no Direito Comparado, de reconhecimento do princípio da capacidade contributiva em favor das pessoas jurídicas.

Na Confederação Suíça, por exemplo, a Constituição Federal prevê, expressamente, que no imposto federal direto “[...] As pessoas jurídicas, qualquer que seja sua forma, devem ser obrigadas a pagar impostos, segundo sua capacidade econômica, de maneira mais igualitária possível [...]”.⁶³

Moschetti dá outro exemplo, com base no Direito Positivo Italiano:

[...] Analogamente, para desenvolver as zonas deprimidas centro-setentrionais, tem-se concedido a isenção por dez anos de todos os impostos diretos sobre a renda, a favor das novas empresas artesanais e das novas pequenas indústrias que ali se constituam em municípios inferiores a 10.000 habitantes [...].⁶⁴

Regina Helena Costa, por sua vez, lembra como exemplo de aplicação da capacidade contributiva a “legitimidade das isenções concedidas às microempresas”.⁶⁵ Aliás, não só, mas o próprio tratamento “jurídico favorecido e diferenciado” dispensado às pequenas empresas é inspirado (dentre outros) no princípio da capacidade contributiva, pois a Constituição Federal brasileira de 1988 determina que a:

[...] União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a beneficiá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias,

63 “[...] 5. O imposto federal direto, segundo a alínea 1ª, letra c, será estabelecido segundo as seguintes regras: a) O imposto pode atingir o rendimento de pessoas jurídicas, assim como o rendimento líquido, o capital e as reservas de pessoas jurídicas. As pessoas jurídicas, qualquer que seja sua forma, devem ser obrigadas a pagar impostos, segundo sua capacidade econômica, de maneira mais igualitária possível...” (SUÍÇA, Constituição da Confederação. Artigo 41 Ter (E) 5. “a”, In: BRASIL, Senado Federal. *Constituição do Brasil e Constituições Estrangeiras*. Volume II. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1987, p. 880).

64 Tradução livre: “[...] *Análogamente, para desarrollar las zonas deprimidas centro-septentrionales, se ha concedido la exención por diez años de todos los impuestos directos sobre la renta, a favor de las nuevas empresas artesanas y de las nuevas pequeñas industrias que allí se constituyan en municipios inferiores a 10.000 habitantes[...]*” (MOSCHETTI, Francesco. Op cit. p. 284).

65 COSTA, Regina Helena, Op. cit., p. 61.

previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.⁶⁶

Neste sentido vai o nosso Supremo Tribunal Federal que, examinando o regime do SIMPLES (Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte), instituído pela Lei 9.317/1996, concluiu que “[...] Não há ofensa ao princípio da isonomia tributária se a lei, por motivos extrafiscais, imprime tratamento desigual a microempresas e empresas de pequeno porte de capacidade contributiva distinta [...]”.⁶⁷

O regime do SIMPLES, aliás, adota alíquotas progressivas conforme a faixa de renda, prestigiando claramente o princípio da capacidade contributiva, conforme observa Caroline Dias:

[...] No SIMPLES, o princípio da capacidade contributiva ficou resguardado. A progressividade neste novo sistema de tributação atenta satisfatoriamente à capacidade econômica dos contribuintes, como ensina Hugo de Brito Machado, citando Fritz Newmark: ‘O tema da tributação progressiva tem sido ponto de duradouras e fundas divergências. Parece-nos, todavia, que o tributo progressivo na verdade é o que mais adequadamente alcança a capacidade econômica das pessoas. Por isso, em atenção ao princípio da isonomia, diremos que o melhor critério discriminador, em se tratando de estabelecer normas de tributação, é o da capacidade econômica. Ainda que não seja possível adaptar-se com exatidão o dever fiscal individual à capacidade contributiva de cada contribuinte, a alíquota progressiva cumpre melhor que a proporcional o princípio da capacidade contributiva’. Assim, em relação ao princípio da capacidade contributiva, nada há de confrontador no SIMPLES [...].⁶⁸

Desnecessário lembrar que a Lei Complementar 123, de 2006, que instituiu o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), em substituição aos regimes anteriores (inclusive SIMPLES Federal), não só manteve, como ampliou a progressividade das alíquotas, graduando-as progressivamente conforme a faixa de receita bruta da pequena empresa.

66 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988, artigo 179.

67 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADIn 1.643/União Federal, Relator Min. Maurício Correa, DJU 14.03.2003). No mesmo sentido: STF 2ª. Turma, ARAI 452.642-1-MG, Rel. Min. Carlos Velloso, unânime, julgado em 13.12.2005, Revista dos Tribunais, volume 851, p. 150.

68 DIAS, Caroline Said. O Regime do SIMPLES FEDERAL, in: *Revista Dialética de Direito Público*, volume 54, p. 18.,

Também constituem exemplo, aplicável ao crédito tributário, os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, no Brasil que, embora admitam a penhora de faturamento da empresa, estabelecem como uma das condições que “[...] c) o percentual fixado sobre o faturamento não torne inviável o exercício da atividade empresarial [...]”.⁶⁹ Há julgamentos que fixam o percentual em até trinta por cento⁷⁰, outros que definem em vinte por cento⁷¹, o que evidencia a preocupação com a preservação do mínimo necessário, a que se referiu Sacha Calmon, linhas acima.

Considerações finais

O princípio da capacidade contributiva, presente em nossa Constituição e no direito comparado, apesar das ambigüidades e dificuldades de interpretação, possui um conceito jurídico estável, que se afasta do puro conceito (econômico) de capacidade econômica.

Em síntese, conforme Luciano Amaro:

O princípio da capacidade contributiva inspira-se na ordem natural das coisas: onde não houver riqueza é inútil instituir imposto, do mesmo modo que em terra seca não adianta abrir poço à busca de água. Porém, na formulação jurídica do princípio, não se quer apenas preservar a eficácia da lei de incidência (no sentido de que esta não caia no vazio, por falta de riqueza que suporte o imposto); além disso, quer-se preservar o contribuinte, buscando-se evitar que uma tributação excessiva (inadequada à sua capacidade contributiva) comprometa os seus meios de subsistência, ou de livre exercício de sua profissão, ou a livre disposição de sua empresa, ou o livre exercício de outros direitos fundamentais, já que tudo isso relativiza sua capacidade econômica [...].⁷²

A capacidade contributiva deve preservar do gravame os bens e rendas necessários à preservação do mínimo existencial, e é aplicável aos tributos

69 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa: “As turmas que compõem a Segunda Sessão deste Tribunal têm admitido a penhora sobre faturamento da empresa, desde que, cumulativamente: a) o devedor não possua bens ou se os tiver, sejam esses de difícil execução ou insuficientes para saldar o crédito demandado; b) haja indicação de administrador e esquema de pagamento (CPC, art. 678 e 719) e c) o percentual fixado sobre o faturamento não torne inviável o exercício da atividade empresarial [...]”. 3ª Turma, RESP 418129, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 16.5.2002, unânime. No mesmo sentido: RSTJ 56/338, 109/107; STJ RT 801/155, 839/202, RT 808/312.

70 STJ, 2ª Turma, RESP 287603, Rel. Min. Peçanha Martins, DJU 26/5/2003.

71 STJ, 1ª Turma, MC 2753, Rel. Min. Gomes de Barros, DJU 20/9/2001.

72 AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*, p. 137.

extrafiscais. Tem como destinatários legais aqueles que são aptos a serem sujeitos passivos e que, além disso, revelarem capacidade contributiva, o que pode ocorrer tanto quando o sujeito passivo for uma pessoa natural como ao contrário, uma pessoa jurídica.

Não há, ao contrário da visão tradicional, incompatibilidade entre o princípio da capacidade contributiva e sua aplicação às pessoas jurídicas. Eventuais inadequações podem (e devem) ser adaptadas pelo legislador. Isso decorre ante a evolução do conceito de pessoa jurídica, à luz da realidade pós-moderna (ou transmoderna), que admite os requisitos do conceito.

Mas, mesmo à luz da visão tradicional, a necessidade de ponderação com o princípio da igualdade, conduziria ao mesmo resultado: a possibilidade de aplicação. Conforme demonstrado, aliás, há vários exemplos de institutos jurídicos, aplicáveis às pessoas jurídicas e com nítida inspiração no princípio da capacidade contributiva.

Referências

- AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*, 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. Rio de Janeiro: Forense, 1951.
- BARROSO, Luiz Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, n. 1, 2001.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- CARRAZA, Roque. *Curso de direito constitucional tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 10^a. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998 .
- COSTA, Regina Helena. *Princípio da capacidade contributiva*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- FABO, Diego Marin-Barnuevo. *La protección del mínimo existencial en el ámbito del IRPF*. Madrid: Constitución y Leyes, 1996.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.
- GRUPENMACHER, Betina Treiger. A reforma tributária e a afronta aos direitos fundamentais. *Fórum de Direito Tributário*, v. 5, set-out/2003.
- JARACH, Dino. *El Hecho Imponible*. 3. ed. Buenos Aires: Abeleto-Perrot, 1996.
- MILLÁN, Emilio Cencerrado. *El mínimo exento en el sistema tributario español*. Madrid: Marcial Pons, 1999.

PEREZ DE AYALA, Jose Luis; GONZALEZ, Eusebio. *Curso de Derecho Tributário*. Tomo I, 5. ed. Madrid: EDERSA, 1989.

SMITH, Adam. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1776. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/PesquisaObraForm.do>>. Acesso em: 18 ago.2007.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade: Fundamentos da Sociologia Compreensiva*. Volume II. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília/São Paulo: Universidade de Brasília e Imprensa Oficial de São Paulo, 1999.

_____. *Ensaio de Sociologia*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1982. v. II.

A CIDADE: UM PROJETO DE EXCLUSÃO SOCIAL

THE CITY : A PROJECT OF SOCIAL EXCLUSION

Adir Ubaldo RECH

Mestre e doutor em Direito Público. Professor de Direito Urbanístico Ambiental do Mestrado em Direito Ambiental na Universidade de Caxias do Sul. Autor de dezenas de trabalhos de planejamento urbanístico.

Resumo

O presente estudo analisa como as cidades e seus planos diretores ainda são utilizados como formas de exclusão social abordando razões, históricas, jurídicas e sociais. No Brasil, é responsabilidade municipal a iniciativa de criar normas definidoras sobre uma cidade sustentável, e não-excludente. No entanto, a exclusão social persiste, apesar do advento do Estatuto da Cidade. São apontadas algumas razões pelas quais, os novos planos diretores ainda não resolveram o problema de exclusão social, do direito à cidadania e da cidade sustentável.

Palavra-chave: estatuto da cidade; exclusão social; plano diretor.

Abstract

This study examines how the cities and their director plans are still used as a way of social exclusion addressing, historical, legal and social reasons. In Brazil, it is a municipal responsibility to create standards defining about a sustainable and non-exclusionary city. However, the social exclusion persists, despite the advent of the City Statute. Some reasons why new master plans have not solved the social exclusion problem, the right to citizenship and sustainable city are pointed.

Key Words: city statute; social exclusion; master plan.

A cidade nasce da própria necessidade de segurança, convivência e do desejo do homem de construir um local ideal para viver. Mas, ao longo da história, as elites dominantes sempre estabeleceram informalmente a ocupação e a organização do seu espaço, deixando as classes mais pobres para fora dos limites e muros da cidade, negando-lhe a cidadania.

O atual perímetro urbano nada mais é do que uma linha imaginária que substitui o muro das cidades antigas, que protegia os cidadãos de malfeitores, assaltantes e controlava a entrada de camponeses e desempregados. O traçado do perímetro urbano deixa, hoje, fora dos limites da cidade aqueles que não têm

recursos para pagar a moradia, segundo as normas de parcelamento e ocupação do solo, previstas pela lei da cidade, mas também não reconhece como cidadãos a grande parcela da população que mora na zona rural, totalmente desprovida de normas urbanísticas.

A ampliação do perímetro urbano, prática adotada depois que encostas, morros e arredores foram ocupados de forma desordenada, em total desrespeito ao meio ambiente, tem mais a finalidade de cobrar tributos, especialmente o IPTU, antes de ser um gesto concreto de inclusão social e de melhoria das condições de infraestrutura, qualidade de vida e reconhecimento do direito de cidadania.

O centralismo do poder no Estado moderno, e de forma particular no Brasil, sem dúvidas, prejudicou o desenvolvimento das cidades. Mas, apesar da restrita autonomia dos municípios, é de sua competência e responsabilidade a iniciativa de criar normas definidoras de uma cidade sustentável, e não-excludente. No entanto, a exclusão social praticada hoje, apesar do advento do Estatuto da Cidade, fora ou dentro dos “muros” ou do perímetro urbano, é histórica, cultural. Na realidade, há um pacto de exclusão social, tendo como instrumentos normas urbanísticas informais adotadas pela elite dominante e transformadas em direito nos nossos municípios. Por isso, a correção dessa prática começa nas próprias cidades e não pode ser apenas atribuída ao centralismo.

A construção das cidades na América Latina e, particularmente, no Brasil não prescindiu totalmente de projetos, apesar de inexistir qualquer norma de Direito Público sobre o tema, porque é cópia de um modelo clássico, construído por particulares, tendo o Estado apenas retificado aos Planos Diretores. Tais projetos estabeleciam apenas uns traçados, que previam um único centro, com a praça, a igreja, prédios para a administração e um entorno quadriculado destinado à residência dos colonizadores. As construções não seguiam nenhuma legislação, mas eram reproduções de prédios com arquitetura tradicional e histórica. Nesse compasso afirma Hardoy “que a forma urbana das cidades coloniais se ajustava a um traçado quadriculado que atendia os interesses dos colonizadores”.¹ Não havia espaço destinado às classes mais humildes, trabalhadores, escravos entre outros. Essas classes sempre estiveram exiladas² das cidades, por serem consideradas indignas, impuras para conviver dentro dela. E complementa esse autor “que a cartografia colonial raras vezes expressa visualmente a localização e o traçado dos subúrbios das cidades. Havia alguns distritos ocupados por alguns grupos mais humildes da sociedade colônia, mas que não constavam no plano da Cidade”.³

1 HARDOY apud SOLANO, Francisco. *Estudios sobre la ciudad iberoamericana*. 2. ed. Madrid: CSIC, p. 316.

2 COLANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Trad. Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: RT, p. 183. Afirma que *exilar o homem, segundo a fórmula empregada pelos romanos, era privá-lo do direito de cidadania, afastá-lo da cidade, por ser impuro e indigno*.

3 HARDOY apud SOLANO, Francisco, Op. cit., p. 317.

Ao se verificar, por exemplo, o plano da cidade do México, datado de 1522, constata-se a existência de uma praça central, com a localização da igreja, de prédios do governo e de uma dezena de quadras idênticas, sem nenhuma preocupação com a ocupação dos arredores, que acabavam sendo invadidos pelas classes mais humildes.

A própria cidade de Brasília, projetada pelo nosso reconhecido Arquiteto Oscar Niemeyer, foi planejada apenas para abrigar o poder político, ignorando-se as classes mais humildes que chegariam depois, para as quais não estavam previstos espaços planejados com normas urbanísticas que atendessem sua necessidade de morar de acordo com suas possibilidades econômicas. Em decorrência surgiram dezenas de outras Brasília ao redor da dita “*cidade planejada*”.

Apesar da cartografia do núcleo básico que deu origem às principais cidades da América Latina, não se tem conhecimento de qualquer preocupação em adotar uma legislação que tivesse estabelecido princípios e diretrizes norteadoras do desenvolvimento das cidades. Com o tempo, especialmente com a industrialização, elas foram crescendo, no em torno de um único centro planejado, de forma espontânea e sem critérios. Hardoy observa que;

[...] a legislação espanhola em matéria urbanística do século XVI contém algumas disposições gerais sobre o traçado de uma cidade, que contempla a forma como o clima afeta a comunidade e a saúde dos habitantes. Trazia recomendações sobre a localização da praça de uma cidade costeira ou do interior do território. Mas nada recomendava sobre a variação das formas urbanas em relação às características geográficas locais. Contempla o núcleo destinados aos colonizadores, mas não existe nenhum mapa que reserve espaços destinado aos escravos, trabalhadores, índios, imigrantes, bem como a forma de sua ocupação.⁴

Conforme Fustel, voltando na História e na origem da própria cidade, “a lei das cidades não existia para o escravo como não existia para o estrangeiro e campezinos”.⁵ Todo aquele que não cultivava o mesmo deus da cidade ou morava fora dos muros ou em outra cidade era considerado estrangeiro. Cidadão era aquele que era admitido na cidade.⁶ A plebe, os de fora da cidade de Roma, possuía uma terra sem caráter sagrado, profana e sem demarcação.⁷ Eram os fora-da-lei. Da mesma forma, hoje a maioria da classe pobre está fora das leis urbanas, porque os desiguais não podem ser tratados como iguais e, além disso,

4HARDOY apud SOLANO, Op. cit., p. 343.

5 FUSTEL, Op. cit., p. 175.

6 Ibidem., p. 174-175.

7 Ibidem., p. 221.

não existem normas de ocupação para a zona rural. Os patrícios e plebeus⁸ das antigas cidades romanas repetem-se nos dias atuais, na figura do cidadão e do favelado ou do morador do loteamento irregular, normalmente fora dos muros da cidade, o atual perímetro urbano.

O plebeu podia tornar-se patrício, assim como o favelado ou morador dos loteamentos irregulares pode virar cidadão. Mas a realidade historicamente pouco se alterou. Substituíram-se os figurantes, ontem plebeus, hoje favelados ou moradores de loteamentos ilegais.

A inexistência de normas adequadas e não-excludentes sempre foi regra de ocupação das cidades. A própria Europa viu surgir, fora do núcleo central, o crescimento de bairros sem nenhuma condição de vida digna, maiores do que a própria cidade, constituindo-se num verdadeiro caos urbano. Somente em 1909, em Londres, foram aprovadas as primeiras normas de planificação. Na defesa da lei, Burns, presidente da Junta Governo Local, afirmava:

Precisamos evitar a construção de bairros humildes. Esses lugares que dão guarida a ladrões, a imundices devem desaparecer. A finalidade desta lei é oferecer condições que permitam a gente melhorar a sua saúde física, seu caráter, suas condições sociais em conjunto. Esta lei pretende e espera proporcionar uma casa bonita, um povo agradável, um bairro saudável e uma cidade dignificada.⁹

Hall acrescenta, em seu comentário ao discurso de Burns, que a lei era contraditória em relação à maneira como as autoridades locais deviam dispor de suas propriedades para organizar a questão habitacional, restringindo-se mais à construção de casas populares do que propriamente em definir a ocupação e a organização de espaços adequados para todos, reclamando que as autoridades locais deviam ter mais poderes para encaminhar soluções.¹⁰ As autoridades locais, especialmente no Brasil, sempre tiveram mais responsabilidades do que poder. Poder significa não apenas a possibilidade de iniciativa em definir um projeto de cidade, mas a inexistência das condições financeiras reais para construí-lo. O fato é que aquela legislação adotada por Londres previa muito mais a edificação e uma campanha de reconstrução das subabitações do que normas de um projeto de cidade com inclusão social e previsão de espaços adequados para a classe pobre, aos moldes da antiga COHAB.¹¹ O próprio discurso do presidente da Junta do

8 Ibidem., p. 129-223, define patrício como aquele que mora na pátria, na cidade, e plebeu aquele que mora fora da cidade, que não tem pátria, não é cidadão.

9 HALL, Peter. *Ciudades del mañana: historia del urbanismo en el siglo XX*. Trad. de De Consol Feixa. Barcelona: Serbal, 1996, p. 63.

10 HALL, Op. cit., p. 40 e 63.

11 Ibidem., p. 63-64.

Governo Local é discriminatório, ao afirmar que “precisava evitar a construção de bairros humildes”, ignorando que o que precisava era exatamente o contrário, isto é, garantir a construção de bairros humildes, em espaços adequados através de zoneamentos especiais, de forma ordenada, planejada, que garantisse um mínimo de preservação do meio ambiente e dignidade.

A constatação feita é tão velha (mas tão nova) que se verifica, nas atuais legislações, total despreocupação com um projeto de cidade para todos. Nessa mesma direção vai a afirmativa de Costa:

[...] que as transformações ocorridas na segunda metade do século XIX, com o desenvolvimento das linhas férreas, imigrações, crescimento relativo ao mercado interno, industrialização, não foram suficientes para alterar profundamente os padrões tradicionais de urbanização que se configurou no período colonial, que vivia na dependência do meio rural.¹²

Conclui a autora “[...] que o estudo do fenômeno urbano brasileiro, no século XIX, prova sua origem no modelo clássico característico de uma economia colonial, ignorando que a periferia cresceu e não se ajusta ao modelo clássico.”¹³

Foi nos subúrbios do quadriculado fundado pelos colonizadores, ou ao longo dos caminhos, que cresceram as cidades brasileiras, sem regras, sob o olhar omisso das autoridades, ou ainda junto a uma igreja, escola ou mina, sem nenhuma preocupação com sua expansão mais ordenada.

Apesar da modernização das últimas décadas, as cidades têm improvisado formas urbanas, fabricado miséria nas suas periferias e amargado com o caos. Na visão de Osório & Menegas, “o processo de urbanização brasileiro experimentado nos últimos cinquenta anos produziu um padrão de crescimento das cidades, de concentração urbana e de uso e ocupação do solo que retrata nossa modernização incompleta e excludente no contexto global”.¹⁴

Na realidade, o processo de urbanização no Brasil está fora de controle das autoridades e, mesmo com o advento do Estatuto da Cidade, o direito subjetivo da cidade sustentável não está assegurado, o que é passível inclusive de ações judiciais. Tem-se produzido uma abundância de normas que carecem de efetividade, legitimidade, eficácia e bases científicas, quer sob o aspecto epistêmico, quer sob o aspecto hermenêutico da construção do ordenamento jurídico.¹⁵ Aranovich advoga que “o processo de urbanização na América Latina, sua forma acelerada de crescimento, sua mudança violenta de um país agrícola e atrasado para um país

12 COSTA apud SOLANO, Francisco, Op. cit., 399.

13 Idem.

14 OSÓRIO & MENEGASSI, Op. cit., p. 43.

15 RECH, Adir Ubaldo. *A exclusão social e o caos nas cidades*. Caxias do Sul: EDUC, p. 142.

industrializado, criou uma série de problemas, que exigem o encaminhamento de soluções atuais”.¹⁶ O desafio para reverter a situação, afirmam Osório & Menegassi, “é combinar a adoção de medidas e estratégias de inclusão, valorizando-se o aspecto de desenvolvimento local”.¹⁷ Mas é entendimento que todos conhecem os problemas das cidades, que muitos estudiosos levantam soluções, mas que ninguém conseguiu contemplar tudo isso no ordenamento jurídico local, de forma que signifique um projeto de cidade para todos. A epistemologia precisa ser conjugada com a hermenêutica jurídica, pois a interpretação dos fenômenos não é um exercício abstrato e a construção do Direito não é uma tarefa de leigos, mas de cientistas jurídicos.

A nossa legislação de parcelamento e ocupação do solo urbano, como exemplo, eliminou os “muros” tradicionais das cidades antigas européias pela adoção do chamado perímetro urbano, incluindo nele todos aqueles que podiam (e podem) pagar um terreno urbanizado, deixando de fora os pobres, os desempregados e os que não tivessem recursos para comprar um “lote” ou área de terra inclusa no perímetro. Como morar é uma necessidade vital, constrói-se em qualquer lugar e de qualquer forma.

O que se percebe, na realidade, é que os nossos governantes têm sensibilidade, mas carecem de entendimento e que, nas suas intenções, há um enorme idealismo de realizar, mudar, possibilitar bem-estar à população, mas que se defrontam com um realismo brutal, que exige muito mais do que idealismo, mas planejamento concreto e racional mediante normas de direito, que vão muito além do tempo dos seus mandatos, que respeitem o espaço, o tempo e as diversidades, reforçando valores permanentes, mas também apontando caminhos cientificamente seguros.

Kant afirma “que o tempo e o espaço são duas fontes de conhecimento”,¹⁸ mas que “sem a sensibilidade, nenhum objeto nos seria dado; sem o entendimento, nenhum seria pensado”.¹⁹ As referências, contextualizadas no presente, nos levam a concluir que os prefeitos demonstram sensibilidade, mas falta-lhes o entendimento. Mas o que é o entendimento? Uma concepção individual de como fazer, que dura enquanto prefeito, limitada, portanto, no tempo, que parte do empírico conhecimento das realidades espacial, cultural, econômica e social desprovidas de racionalidade e cientificidade? Kant nos dá a resposta: “Se o entendimento pode ser definido como a faculdade de unificar os fenômenos, mediante regras, a razão é a faculdade de unificar as regras do entendimento

16 ARANOVICH apud SOLANO, Francisco, Op. cit., p. 383.

17 OSÓRIO; MENEGASSI, Op. cit., p. 42.

18 KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. Manuela Pintos dos Santos. 4. ed. Lisboa: Coimbra, 1997, p. 80.

19 Ibidem., p. 89.

mediante princípios”.²⁰ Princípios, para o Direito, são normas permanentes, superiores, que se perpetuam no tempo e dão segurança jurídica.

Na realidade, as nossas leis municipais são uma profusão de normas, sem unidade, que não levam para lugar algum. Kant, nesse sentido, afirma que “de fato, a diversidade das regras e a unidade dos princípios é a exigência da razão para levar ao entendimento”.²¹

Por tudo isso, ainda os novos planos diretores não resolveram o problema de exclusão social, do direito à cidadania e da cidade sustentável, pois, onde não há normas efetivas, não há cidade e onde não há cidade, não há cidadão.

Referências

BRASIL. Lei Federal 10.267, de 10 de junho de 2001.

COLANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Trad. J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Rt, 2003.

HALL, Peter. *Ciudades del mañana: história del urbanismo em el siglo XX*. Trad. De Consol Feixa. Barcelona: Serbal, 1996.

KANT, Emmanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. De Manuela Pintos dos Santos. 4. ed. Lisboa: Coimbra, 1996.

OSÓRIO, Letícia Marques; MENEGASSI, Jaquelino (Org.). *Estatuto da cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: S. Fabris, 2002.

RECH, Adir Ubaldo. *A exclusão social e o caos nas cidades*. Caxias do Sul: EDUCS, 2007.

SOLANO, Francisco. *Estudios sobre la ciudad iberoamericana*. 2. ed. Madrid: CSC, 1983.

²⁰ Ibidem., p. 300.

²¹ KANT, Immanuel, Op. cit., p. 302.

ESTADO DE DIREITO E/OU RAZÃO DE ESTADO EM 2007: “A LEGITIMAÇÃO DO DIREITO DE EXCLUSÃO”

RIGHT STATE AND/OR REASON OF STATE IN 2007:
“THE LEGITIMIZATION OF EXCLUSION STATE”.

Vinício Carrilho MARTINEZ

Bacharel em Educação e Ciências Sociais. Doutor em Educação e Pós-doutorando em Educação pela UNESP - Marília. Professor de Sociologia da UNIR - Universidade Federal de Rondônia.

Resumo

O artigo traz uma breve retrospectiva acerca da geopolítica e do *estado da arte* da Razão de Estado, basicamente em 2007. Porém, veremos os dois sentidos não como destaque da afirmação da soberania, mas sim atraindo os sinais gravosos da negação de direitos igualmente básicos e clássicos, como: sociais, individuais, políticos. Em suma, veremos que em 2007, em nome da chamada Razão de Estado, houve uma ampla e complexa série de tentativas de se legitimar ou justificar o nefasto “direito de exclusão” — este que, por sua vez, nada mais é do que a “negação do próprio direito”. O trabalho, portanto, é muito mais um apontamento ou “recolhimento empírico” de casos interessantes e oportunos acerca do tema, do que propriamente uma análise de base teórica ou histórica.

Palavras-chave: razão de estado; geopolítica; negação dos direitos humanos; direito de sedição; “direito de exclusão”.

Abstract

This article shows a brief retrospective about geopolitics and the state of art of Reason of State, mainly in 2007. However, we will see both meaning not as a highlight of sovereignty statement but attracting embarrassing signals of basic and classic rights denying such as: social, individual, political. In short we will see that in 2007, in the name of the so called Reason of State, there were several great and complex attempting to legitimate or justify the nefarious “exclusion right” which is the “denying of right itself”. So, this paper is much more notes or “empirical survey” of interesting and convenient cases about the topic than a real theoretical or historical based analysis.

KEY WORDS: Reason of State; geopolitics; denying of human rights; sedition right; “exclusion right”.

Diz a sabedoria popular que, quando prestamos atenção a um fato, seus efeitos parecem suceder-se e multiplicar-se à nossa volta. Alguns, por exemplo, dizem que “o câncer cresce como nunca visto na história”. O fato é que talvez se morresse sem saber a causa: lembro-me, de criança, que meu avô paterno aplicava injeções de morfina em um dos seus vizinhos. O que ele teria, senão câncer?

No caso presente, passei a notar a chamada Razão de Estado e sua “luta intestina pela soberania”, contra insurreções e sedições. “Minha visão”, de hoje, não esteve menos chocada do que as injeções de morfina, de ontem: só que agora o “remédio” foi chamado de *Estado de Exceção Permanente*, frente ao crescente reclamo pelo *direito de sedição* que praticamente espocou nos cinco continentes. Foram cerca de duas dezenas de ocorrências oficiais e oficiosas, confrontando-se Razão de Estado e *direito de sedição*, só em 2007.

Outros dirão que não, que a “globalização” enterrou o sonho nacionalista, bairrista, chauvinista do Estado-Nação. Neste caso, basta-nos observar os “n” exemplos de histeria nacional e de xenofobia mundo afora. Entretanto, os especialistas em “relações internacionais” dirão que o acordo de Schengen aboliu as fronteiras entre seus membros, por um território superior a 4 mil km², e estabeleceu uma zona sem controle fronteiriço dentro da União Européia.

Assinado em 1985, inicialmente era composto por: França, na época Alemanha Ocidental, Bélgica, Holanda e Luxemburgo. Em 1995 somavam 15 países da Europa Ocidental. Em seguida, os 24 membros da UM também aderiram ao tratado, além de outros países: Noruega e Islândia. A Suíça deve ser incorporada em 2009, mas Grã-Bretanha e República da Irlanda mantêm apenas cooperação policial.

Portanto, o Estado-Nação que vimos em 2007 seria só o pó do que já foi e, ainda, continuariam a dizer os *experts* no fim do Estado: “a partir de 21 de dezembro de 2007, o novo espaço geopolítico englobará cerca de 400 milhões de pessoas, pois mais oito países bálticos e ex-comunistas tornaram-se membros, além da Ilha de Malta, Polônia, Estônia, Lituânia, Letônia, Hungria, Eslovênia, República Checa e Eslováquia. Considera-se a partir de agora, definitivamente, o fim do que se conheceu como ‘Cortina de Ferro’”.

Veja-se que, aqui, o problema ressaltado, especialmente pelas autoridades em segurança, é a ameaça de invasão da UM por imigrantes “ilegais” vindos do Leste Europeu. Um imenso território sem fronteiras, mas criado exatamente no continente mais rico em fronteiras e dotado historicamente para a guerra, acabaria por levar à construção de sistemas de segurança, contra os indesejados miseráveis (e sem contar os “muçulmanos que são extremistas ou terroristas”).

Frontex é a agência da UM responsável pela coordenação, principalmente da segurança, utilizando o Sistema de Informação Schengen (SIS). O “sistema inteligente” impediria que alguém barrado em algum de seus países pudesse entrar

em qualquer outro. No entanto, como a sede fica na Polônia, a própria direção da agência reconhece que a imigração vinda do Leste Europeu exercerá uma forte pressão. Em 2009, deve entrar em funcionamento o SIS II, que armazenaria “dados biométricos” (impressões digitais).

Desse modo, o primeiro efeito da liberdade foi a multiplicação do efetivo policial: “O que nos leva a uma pergunta melancólica: por que a extensão da liberdade precisa ser acompanhada por um aumento da vigilância? George Orwell, do paraíso em que repousa, poderia nos esclarecer” (LAPOUGE, 2007). Novamente a realidade vai atrás da ficção:

Já se observa o afluxo de despossuídos que se concentram às portas de Schengen, com o desejo fatídico de encontrar um buraco, uma abertura por onde entrar no “santuário”, convencidos de que, uma vez dentro, poderão se dispersar no espaço imenso [...] Povoados são criados, dentro dos quais vagam libaneses, *iraquianos*, russos, moldavos e outros. (LAPOUGE, 2007, grifo nosso)

A grande ironia é que a liberdade venha cercada de tanta (in)segurança, uma vez que *a falta de controle territorial trouxe um intenso/extenso controle sobre as pessoas*, além de se promover preconceito, medo, distanciamento e xenofobia (na mais nova frente: estudantes brasileiros são expulsos da Alemanha).

Assim, vemos que a Razão de Estado vai ajustando-se continuamente às mudanças geopolíticas, especialmente as impostas pelos blocos e estruturas transnacionais ou globalizadas. Todavia, essa onda de xenofobia assegura-nos que a Razão de Estado é o equivalente político-institucional do nacionalismo ou da “identidade nacional”. Diante desse choque entre o global (multinacional) e o local (a “identidade cultural”), os grupos que reivindicam legitimidade aos governos e a liberdade de escolha, propiciada pelo *direito de sedição*, acabaram por multiplicar-se. Nos primeiros dias de 2008, no Sri Lanka, depois de seis anos, governo e separatista romperam o cessar-fogo e retomaram conflitos que no passado recente mataram 70 mil pessoas.

Relembremos alguns casos notados em 2007: Venezuela e Colômbia e todo o combate à oposição, em nome da Razão de Estado; a Turquia e sua onda de nacionalismo que não cessa de opor as duas faces do país: Ocidente e Oriente caminham no fio da navalha; o Paquistão e o golpe de Estado travestido de Estado de Emergência: com a deposição da Suprema Corte, contrária à reeleição

do Presidente Pervez Musharraf; a França, com sua lei de imigração baseada na identificação dos imigrantes pelo DNA: com isto, o presidente francês Nicolas Sarkozy procura atrair a simpatia e o apoio político da Frente Nacional, de extrema-direita.

O “fichamento genético” francês reacendeu um dos maiores e piores pesadelos contemporâneos, porque o estímulo à competição desenfreada no neoliberalismo carrega consigo a nódoa da xenofobia, da discriminação e o descarte dos chamados “menos aptos” ou dos “inimpregáveis”, para usar uma expressão dos anos 1990. Hoje aplicado a imigrantes, amanhã o fichamento poderá ser generalizado. Aliás, de certo modo, ocorreu mesmo, porque:

Já somos identificados por meios biométricos (altura, cor dos olhos e dos cabelos, impressões digitais, íris, sistema sangüíneo etc.), pelo registro da imagem (câmeras de segurança e, em breve, robôs-espiões), por nosso comportamento como consumidores ou cidadãos (cartão de crédito, chips, internet, GPS etc.) e até mesmo por nosso gestual (que pode suscitar desconfiança para câmeras ditas “inteligentes”), sem falar das técnicas reservadas aos mais suspeitos (escutas telefônicas, bracelete eletrônico etc.). (TESTART, 2007)

O uso de tais recursos, entretanto, também avança para outras áreas que não só a segurança, incluindo-se aí a economia e, evidentemente, a política, uma vez que a tecnologia só faz sentido se é estatisticamente viável. Neste caso, alguns cientistas já se especializaram na busca de componentes individuais não-patológicos, como humor, sexualidade¹ e inteligência. Os “fatores de risco”, mas também o “pólo positivo-produtivo”, estão na contabilidade desse proto-fascismo moderno:

O eugenismo de Francis Galton² permanece como a caução científica de toda pretensão a se predizer o futuro de um indivíduo [...] De acordo com essa tradição, e com a ambição de “otimizar” a contribuição das pessoas a uma sociedade cujo único sonho é ser eficiente, pode-se prever a irrupção de análises sistemáticas do DNA, permitindo tanto o fichamento das pessoas quanto a predição de suas potencialidades [...] Detectados na criança, poderão, além disso, apoiar políticas de orientação escolar e, em seguida, profissional. Mas, detectados no embrião (diagnóstico genético pré-implantatório: DPI³), poderão até

1 O próprio Sarkozy já dissera que seria possível prever (evitar?) o homossexualismo.

2 Francis Galton (1822-1911), médico e estatístico, é o fundador desse eugenismo.

3 “Em seu ‘Parecer n. 98’, de 31 de maio de 2007, o Comité National Consultatif d’Éthique (CCNE) exigiu um ‘contra-poder’, diante da ‘generalização excessiva da biometria” (TESTART, 12/2007).

mesmo obstar um direito à vida. É o número relativamente pequeno (cerca de cinco) de embriões obtidos graças à fecundação *in vitro* que ainda impede o DPI de responder aos desejos dos pais e às *necessidades* da saúde pública. (TESTART, 2007 – grifo nosso)

Esta resposta irônica às “necessidades da saúde pública” é apenas um indicativo de que, da suposição de uma necessidade (ou até que possa ser real), vê-se a sua própria metamorfose, por agentes autocráticos do poder, em Estado de Emergência. Mas este também figura como mero expediente para se chegar ao Estado de Sítio Político.

O uso “preventivo e controlativo do DPI”⁴ procura restabelecer o antigo sonho eugênico do “bom nascituro”, com comportamentos balizados pelo “consentimento esclarecido, promessa propedêutica de saúde, ausência de traços de violência ou de anti-sociabilidade”. O DPI seria utilizado “preventivamente para favorecer e estimular”, como instrumento de medição de índices de produtividade, docilidade, obediência, resignação ou, ao contrário, agora “preventivamente para selecionar e incapacitar” os mais sediciosos, inconformados ou “simplesmente elimináveis” do consumo geral.⁵ Sarkozy ainda provocou a oposição ao escolher um geneticista para conselheiro do presidente: o professor Arnold Munnich, especialista em análises moleculares para detectar patologias.⁶

O mito do Estado (CASSIRER, 2003) atualizou-se com o genoma e metamorfoseou o DNA em mero uso/abusivo dos meios de exceção. Neste caso, parece que definitivamente submetemos Prometeu à Pandora:

Recordemos que a biometria sempre funcionou pelo medo, o medo do Outro, e se generalizou sem oposição organizada, deixando lugar para uma verdadeira atonia social. De “detalhe” em “detalhe”, constrói-se um mundo que logo poderá nos anunciar “Bem-vindos a Gattaca!” [...] é o mesmo filamento de DNA que corre da delegacia para o tribunal e o consultório médico (medicina preditiva-preventiva), passando por utopias terapêuticas (genes-remédios) ou industriais (plantas transgênicas), pelos escritórios de seguradoras (níveis de riscos), por empresas de orientação escolar e profissional

4 A triagem de embriões com risco de estrabismo já foi autorizada na Grã-Bretanha.

5 Vejamos o caso do *Arquivo Nacional Automatizado das Impressões Genéticas*: “Inicialmente reservado aos delinquentes sexuais, este ‘fichário’ francês logo se estendeu aos destruidores de plantas transgênicas ou coladores de cartazes políticos” (TESTART, 12/2007).

6 Antes do médico francês, Francis Fukuyama, autor da apoteótica teoria do fim da história, tornou-se assessor da Casa Branca como especialista em tecnologias e estratégias.

7 Filme de Andrew Niccol (1997), *Gattaca* retrata um centro de pesquisas para jovens com patrimônio genético perfeito, selecionados com o DPI, e a exclusão do Outro: os indesejados por sua deficiência e considerados “defeituosos”.

e, finalmente, suscita o ressurgimento de mitos fabulosos (super-homem, clones, quimeras) [afinal] A economia neoliberal não tem necessidade alguma de estigmatizações raciais, já que prefere se empenhar em descobrir os melhores elementos disponíveis em cada comunidade humana e em rejeitar os que lhe parecem pouco aptos a contribuir para o “crescimento competitivo”, qualquer que seja sua cor de pele. Trata-se de uma nova espécie de triagem, tão detestável quanto a triagem racial, entre os indivíduos.⁸ É este o sentido da aceitação dos estrangeiros segundo o critério de “competências e talentos”.(TESTART, 2007)

A resposta do Estado francês, portanto, procurando a legitimidade científica, mas alimentado pela xenofobia e “negação dos direitos humanos”, foi coroar o “direito de exclusão” com o DNA. Sem dúvida, trata-se de uma reinvenção para-moderna de Lombroso⁹ e de *Frankenstein*¹⁰ (SHELLEY, 1994). É como se o processo civilizatório, do Renascimento ao Iluminismo, e daí em diante, pudesse sempre ser claro ou escuro, homem ou monstro, razão ou barbárie. Este paradoxo, porém, é mais notável do que apenas isto, pois foi a razão, e mais especificamente a Razão de Estado, que criou um ódio de conquista latente: um discurso de poder baseado em argumentos de autoridade.

Mas, sem a ciência, a lógica, o “esclarecimento da razão”, escorregamos ou retroagimos (“agimos contra nós mesmos”) facilmente para os domínios dos fanatismos dotados de “pensamento mágico” e cheios de “encantamentos” ou encastelamentos ideológicos, como quimeras e ilusão. Para ver o poder, entretanto, é preciso estar um tanto desiludido:

A intolerância racial, religiosa, política – que nunca desaparece e que retorna em nossos dias, com a ressurreição do nazismo – é uma

8 “Em cinco aeroportos dos Estados Unidos, os passageiros considerados como ‘sem perigo’ podem integrar o programa ‘Clear Registered-Traveler’. Este oferece a 45 mil pessoas uma passagem acelerada pelos controles de segurança, mediante seu registro biométrico (impressões digitais e *scan* da íris) e um bônus anual de 75 euros” (TESTART, 12/2007).

9 Cesare Lombroso (1835-1909), professor universitário e criminologista italiano, tornou-se famoso por seus estudos de *characterologia* e do “atavismo de tipo hereditário”: ressurgimento de características apresentadas em ascendentes distantes. Tentou relacionar características físicas, como o tamanho da mandíbula, à psicopatologia criminal. Esta abordagem descende da frenologia (do físico alemão Franz Joseph Gall, do século IX) e da *fisiognomia* (estudo das propriedades mentais a partir da fisionomia do indivíduo). Acabou desacreditado, mas criou um campo conhecido como *antropologia criminal*.

10 Lembremos que a “criatura” criada pelo médico Victor *Frankenstein* só queria o reconhecimento afetivo, ao contrário do cientista que não economizaria esforços para alcançar a glória. É preciso lembrar, ainda, que *Frankenstein* não é a “monstruosidade” gerada, mas sim o médico exemplar.

das atitudes assumidas pelo pensamento moderno. As outras formas de agir, entretanto, encamparam a tese de uma exclusão radical dos supostos ‘inimigos’ do bom Estado e da boa sociedade [...] Se determinado cidadão, na Alemanha fascista, ou na Áustria¹¹ e na Itália de hoje, é tido como ‘inimigo’ (e o judeu, os árabes, o liberal, os homossexuais, entre outros, são sempre ‘inimigos’), vale a receita ‘médica’ habitual nos sistemas de força: o “órgão adoecido” deve ser extirpado. (ROMANO, 2003, p. 19-20)

Somos, portanto, parte das *monstruosidades* deslocadas do Renascimento e do Iluminismo: “Em Rousseau e demais pensadores das Luzes é nuclear a passagem constante entre a razão e a monstruosidade, nos diversos planos da vida. Pode-se enunciar que naqueles filósofos a monstruosidade é co-essencial ao fato da razão” (ROMANO, 2003, p. 18).

Mas este paradoxo foi percebido principalmente por Diderot e, mais claramente, quanto às liberalidades permitidas à pesquisa médica empírica, sem tanto rigor ético que se convertem, acima de tudo, em manejo político:

No plano político e moral, a longa e sinuosa feira que vai dos fragmentos de Empédocles¹² até os nossos tempos, trouxe um modo de encarar a vida em sociedade como experiência dos limites entre o humano e o teratológico¹³. Os pensadores ora se dedicam à tarefa de “humanizar” o mando (como em Erasmo de Rotterdam), ora apontam para o seu lado bestial mas domesticável (Hobbes), ora mostram que a junção monstruosa é inelutável, sendo preciso adequá-la alternadamente em tempo e modo certos (Maquiavel). Mas todo saber político discute esse vínculo temido e terrível. (ROMANO, 2003, p. 33)

Por isso, esses casos e “tipos” quase ficcionais acabam misturados a outros, com a diferença de que possam ser um pouco mais nitidamente jurídico-políticos: a Turquia e a escalada crescente de “negação dos curdos”; Curdistão e Iraque sob “Lei Marcial”; a China e toda a censura existente, além do isolamento do Tibet: uma imposição chinesa por meio de “Lei Marcial”; Mianmá (sua “Revolução Açafrão”) e a ditadura de mais de 40 anos; Cuba e as muitas restrições à democracia radical

11 Está disponível um interessante relato histórico-analítico acerca da ascensão da extrema-direita na Áustria, em: <http://www.derechos.org/nizkor/brazil/libros/neonazis/cap6.html>.

12 “Para Empédocles [...] o dever das coisas é a história de um aperfeiçoamento” (ROMANO, 2003, p. 31).

13 Teratologia (teratos = monstro; logus = estudo) é o estudo das deformações congênicas e das anomalias de desenvolvimento que provocam alterações morfológicas no nascituro.

(vigora um tipo de “democracia estruturalista”); os EUA e os “atos patrióticos” que negam os direitos humanos e os direitos individuais. Incluem-se ainda a Espanha, em perseguição a opositores que “estariam” ligados ao ETA; a Suíça e a ultradireita vencedora que prevê “cotas de expurgo de imigrantes”. Sem contar o Afeganistão, os inúmeros conflitos africanos, como no Zimbábue e no Congo, ex-Zaire.

Estranhas coincidências também envolvem outros casos, destacando-se o anseio pelo poder, a exemplo da África do Sul, em que questões evidentemente jurídicas tornaram-se relevantes para a Razão de Estado e movimentaram todo o aparato estatal. Neste caso específico, um processo por corrupção “interrompido” em 2006 foi reaberto em fins de 2007, porque Jacob Zuma, eleito líder do Congresso Nacional Africano (CNA), praticamente assegurou a vitória futura de 2009, para presidente: o CNA tem maioria do eleitorado negro, desde que liderou a luta contra o *Apartheid*. Thabo Mbeki, atual presidente sul-africano, foi derrotado na disputa pelo controle político do partido e, por isso, partidários de Zuma o acusam de perseguição política.

No mesmo curso apontado, também na África, o Partido do presidente do Quênia (ex-colônia britânica, desde 1963) pedia moderação aos líderes opositores e que aguardassem a contagem final dos votos. A véspera do anúncio do vencedor trouxe um fluxo crescente de violência, como protesto devido às acusações de “fraude e corrupção”:

O partido do presidente do Quênia, Mwai Kibaki, pediu à oposição, neste domingo, que permita à Comissão Eleitoral concluir a contagem dos votos [...] ‘Faço um pedido urgente de moderação a nossos oponentes. Peço que deixem o Quênia seguir adiante com seu mandato constitucional’, declarou à France Presse o porta-voz da coalizão eleitoral do presidente, Ngari Gituku. Ele acrescentou que as duas agremiações políticas devem ter a “elegância de aceitar o veredicto do povo” [...] O líder da oposição do Quênia, Raila Odinga, proclamou-se novamente vencedor das eleições [...] De acordo com o último boletim parcial, porém, Odinga aparece na liderança com uma estreita vantagem sobre seu adversário [...] *A apuração foi suspensa após o surgimento de denúncias de fraude* (grifo nosso).¹⁴

Mwai Kibaki venceu por pequena margem de votos, mas à custa de uma terrível onda de violência: “Pelo menos 70.000 pessoas fugiram de suas casas na região oeste do Quênia [...] Imagens aéreas de áreas do oeste do país mostram centenas de casas e barracos incendiados [...] ‘É um desastre nacional’, declarou em entrevista coletiva o secretário-geral da Cruz Vermelha queniana, Abbas

14 Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u359075.shtml>.

Gullet”.¹⁵ Esta onda de violência, no entanto, deixaria um rastro de morbidade que não se limitaria às construções:

Cerca de 50 pessoas, a maioria mulheres e crianças, morreram dentro de uma igreja que foi incendiada por grupos de manifestantes no Quênia [...] Segundo a edição digital do diário *Nation* [...] As vítimas tinham se refugiado na igreja porque suas casas já haviam sido incendiadas [...] O diário também informa que dezenas de milhares de pessoas armadas estão se dirigindo para um local a poucos quilômetros de Eldoret, onde no passado foram registrados sangrentos confrontos entre tribos rivais.¹⁶

No Quênia, a situação foi descrita como um “tsunami de ódio”, pois a reeleição do presidente reavivou conflitos tribais e étnicos e trouxe de volta uma violência primitiva, inesperada e assustadora. A capital Nairóbi tornou-se a própria cidade sitiada, com policiais cercando ruas, impedindo o acesso e o deslocamento em grupo. Manifestações massivas foram igualmente suspensas, em virtude do bloqueio dos principais acessos: inclusive naquela em que Odinga pretendia se autoproclamar “presidente do povo”. O isolamento da favela de Kibera, principal reduto da oposição, ainda sugere dois sentidos para o ato de exceção.

O governo do presidente acusou a principal oposição, o Movimento Democrático Laranja (ODM), de incitar o ódio antecipadamente, a fim de promover o genocídio. O candidato da oposição, Raila Odinga, rebateu as críticas dizendo que o governo ordenou aos policiais que atirassem contra os manifestantes. Por fim, ainda afirmou: “Não dialogamos com um ladrão” (RAMOS, 03/01/2008). Observadores da União Européia afirmaram que as irregularidades beneficiaram Kibaki e também o procurador-geral Amos Wako afirmou ter encontrado fortes indícios de manipulação do resultado eleitoral.

Esses conflitos tribais diferem de Ruanda e do Burundi, contudo, porque, enquanto esses dois países são dominados basicamente por tutsis e hutus, no Quênia há pelo menos 42 etnias distintas. Apesar de ser a maior etnia, os Kikuyu representam apenas 22% da população total (37 milhões) e os rivais Luos são perto de 13%. Isto significa que não há hegemonia de nenhum grupo étnico sobre os demais. Outra característica que distingue o país de boa parte do conjunto africano é que as elites investiram seu dinheiro no país e não no exterior e, assim, não desejam ver a economia arruinada (NAIRÓBI, 2008).

Aliás, esses relatos apenas confirmam que “desordem e desonra moral”, além da violência, têm servido cada vez mais de moeda de troca política, seja para a oposição que usa da violência desordenada (em muitos casos, não fazendo jus

15 Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/ultnot/afp/2008/01/01/ult34u196342.jhtm>.

16 Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/mundo/interna/0,OI2191241-EI294,00.html>.

ao *direito de sedição*)¹⁷, seja com a situação que arrola o mesmo argumento da *corrupção e fraude* como promotores da insegurança institucional e assim utilizam do artifício para decretar o Estado de Exceção. De todo modo, a corrupção política tem sido a marca deste jovem século XXI.

A guerra civil, quando travestida, metamorfoseada em nome de um *direito de sedição* que não se mostra realista e legítimo, portanto, não passa de genocídio ou de limpeza étnica, levando nações inteiras (ou até quase continentes) ao abismo econômico. Também fica claro que não é a democracia que faz mal à Razão de Estado, mas sim a sua ausência ou, então, a própria corrupção da política.

Os conflitos africanos, em um contexto amplo, entre 1990-2005, custaram US\$ 284 bi, o mesmo montante enviado em “ajuda humanitária”.¹⁸ No total, foram 23 conflitos no período, ao custo de 18 bilhões de dólares cada um, com efeito catastrófico de encolhimento das economias nacionais em 15% ao ano.

Os gastos refletem o dinheiro usado unicamente para matar e que, segundo disse Irungu Houghton, consultor da ONG Oxfam, seria suficiente para aplacar a crise da AIDS, prevenir a tuberculose e a malária, fornecer água potável, saneamento básico e educação. O Burundi, por exemplo, tinha expectativa de crescimento 5,5% a.a., mas, por causa da violência, decresceu 1,1% no mesmo período. Em resposta, em 2006, 153 países aprovaram, na Assembleia-Geral da ONU, o início das discussões do Tratado sobre Comércio de Armas (para conter o fluxo “ilegal” de armamentos): somente EUA votaram contra e Rússia e China se abstiveram (ÁFRICA, 12/10/2007). O que reforça o evidente *Estado de Emergência Humanitária Permanente* em que vive todo o continente africano. Também é bom frisar que a maioria das guerras civis e dos conflitos étnicos ainda é resultado da longa luta pela descolonização.

No Congo (ex-Zaire), em confronto que teve início em 1988, foram mortas mais de 4 milhões de pessoas e ainda sofrem outros 3,5 milhões de refugiados. Oficialmente, a guerra terminou em 2003, mas o país ainda é palco de conflitos e tem uma crise humanitária das piores do mundo. Apesar de ser rico em diamantes, ouro e outros minerais preciosos, milhões de congolezes sofrem de doenças, fome e de uma terrível perseguição a partir do Leste do país (Kivu do Norte e Kivu do Sul). Em 1994, a vizinha Ruanda também conheceu o genocídio: mais de 1 milhão de tutsis foram assassinados pelos hutus. Depois, em 1996, o governo tutsi foi restabelecido e invadiu o Congo para atacar os hutus

17 Alguns autores preferem tratar das características mais precisamente jurídicas e, por isso, usam a expressão mais convencional do “direito à revolução”, denotando seu estatuto jurídico (MENEZES, 1998).

18 Uma das conclusões, mais do que viáveis, é a de que o dinheiro recebido em forma de “ajuda humanitária” converteu-se em gastos militares.

e isto (re)iniciou a guerra, envolvendo Ruanda, Angola, Uganda, Zimbábue e Namíbia.

No Congo, mas pode-se dizer em muitas outras partes do mundo, as táticas empregadas esgotam-se no uso/abuso dos meios de exceção. O aliciamento de crianças com engodos e justificativas que mais parecem ameaças também são “armas ideológicas” usadas pela Razão de Estado:

Patrick entrou na milícia aos 11 anos, por vontade própria: “ninguém me obrigou. Via os combates, gente sendo morta toda hora. Então decidi entrar no grupo para defender o lugar onde eu morava”. O diretor explica que, no Congo, muitas crianças recrutadas por milícias – algumas com apenas 6 anos – repetem essa história. Na verdade, trata-se de uma justificativa criada pelos rebeldes para convencer os garotos a lutar. Mas, após quatro anos, Patrick diz que ficou feliz em ser resgatado. (BARBA, 17/12/2007)

Tão grave quanto o uso de crianças como “escudos humanos” ou “pontas de lança” diretamente no front, é o emprego massivo de estupros de mulheres e de jovens (para “quebrar o moral do povo”), tanto por rebeldes quanto pelo “exército regular”; o mesmo se viu na Bósnia e em tantos outros casos. No Congo, em relação à barbaridade cometida, até mesmo os “nomes” acabaram cheios de um simbolismo esclarecedor:

As ONGs do Congo que apóiam mulheres vítimas de violência sexual são chamadas maisons d’écoute – algo como “casas onde se escuta” [...] “O estupro veio com a guerra. E a única explicação que eu vejo para ele ter se propagado a esses níveis é que ele é uma forma barata e eficiente de destruir a sociedade congoleza” [...] Nicole, de 35 anos, também parece sofrer mais com a solidão do que com o estupro em si. “Estava voltando do mercado próximo de onde eu morava, em Uvira, quando encontrei quatro homens armados. Todos me violentaram”, conta, quase sussurrando, como se os vizinhos estivessem ouvindo. (BARBA, 17/12/2007)

O que revela que a estratégia e os meios utilizados são os mesmos e que, nessas circunstâncias, tudo o que se possa dizer sobre a Razão de Estado não passa de “retórica de poder”: todos acabam vítimas da guerra fratricida e do próprio Estado. Os “guerreiros” não se limitam a qualquer tipo de afirmação de *identidade nacional*, pois isto poderia dar-se no âmbito da cultura, no intercâmbio entre o os povos, pelo salutar hábito do “turismo cultural, artístico, lingüístico”.

Em situação semelhante a quase todas aqui relatadas, alegando-se o *direito de sedição*, um brasileiro morreu em ataque armado no norte de Angola, no enclave de Cabinda, fronteira com a República do Congo e a República Democrática do Congo:

O ataque aconteceu, separado do resto de Angola [...] Segundo a emissora católica 'Rádio Ecclesia', no ataque dois veículos foram incendiados [...] A emissora responsabilizou uma das facções da Frente de Libertação do Enclave de Cabinda (FLEC), que luta pela separação desse território do resto de Angola [...] O conflito de Cabinda teve origem em 1975, quando Angola tornou-se independente de Portugal. A região era um protetorado português e não fazia parte do território de Angola, mas foi anexada depois da independência pelas novas autoridades de Luanda [...] As ações armadas são, no entanto, muito esporádicas.¹⁹

Além desses casos, ainda há a Palestina, a Hungria, a Geórgia e a Inguchétia, no sul da Rússia, requerendo o mesmo *direito de sedição*. A Rússia, por exemplo, em represália à Geórgia, apoia as províncias separatistas da Ossétia do Sul e de Abkházia, que exigem independência desde 1991. Contudo, ao contrário da crise no Paquistão, como veremos, o Parlamento da Geórgia aprovou a vigência do Estado de Exceção: a terra Natal de Stalin teve o Estado de Emergência decretado em 07/11/2007. O presidente Mikhail Saakashvili, ironicamente, liderou a revolta que derrubou o presidente Eduard Shevardnadze, em novembro de 2003, na chamada "Revolução Rosa".

Para o povo, a *Revolução Rosa* teve um desfecho semelhante ao da *Revolução Laranja*, na Ucrânia, entre 2004 e 2005, provocada por uma "paralisia política dramática": "o entusiasmo dos revolucionários da pequena Geórgia transformou-se em decepção e, depois, em furor" (LAPOUGE, 09/11/2007). Na maioria dos casos, as acusações se assemelham quanto ao(s) fato(res) gerador(es): corrupção, conspiração, tentativas de assassinato da oposição.

A *Revolução Laranja* foi uma série de protestos políticos ocorridos como resposta às acusações de corrupção, intimidação e fraude eleitoral, durante a eleição presidencial de 2004. Adotou-se o laranja por ser a cor oficial da campanha eleitoral do principal candidato da oposição, Viktor Yushchenko. O símbolo da solidariedade com Yushchenko foi uma fita laranja ou uma bandeira com o slogan ("Sim! Yushchenko!"). Após um segundo processo eleitoral, em dezembro de 2004, Yushchenko foi declarado presidente. Mas perdeu as eleições legislativas em 2006, acusado de corrupção e desvio de promessas de campanha, justamente para seu algóz Viktor F. Yanukovych, atual presidente.

¹⁹ Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/ultnot/efe/2007/12/27/ult1808u108425.jhtm>.

Um caso emblemático e precedente a esses, e também no antigo “Leste Europeu”, foi a *Revolução de Veludo*, na ex-Tchecoslováquia, liderada por Václav Havel. A partir de 1989, seguindo-se à onda reformista de Mikhail Gorbatchov (Perestroika e Glasnost), projetou-se o ideário revolucionário que recebeu esta nomenclatura pela maneira suave e não violenta com que afrontou as “necessidades da Razão de Estado”. O movimento começou com pressões populares porque Václav Havel, líder da oposição democrática, estava preso.

Em seguida, uma série de grandes manifestações de massa, até chegar à greve geral, provocou a legalização dos partidos de oposição e, finalmente, a renúncia do presidente Gustav Husak. Havel assumiu a Presidência em caráter provisório, mas foi confirmado na Presidência nas eleições de 1990. No mesmo ano, começou a encorpar a campanha separatista, – tornando-se irresistível: Havel era contrário à secessão e acabou renunciando em julho.

Em novembro, porém, aprovou-se uma emenda constitucional dividindo o país: a Tchecoslováquia deixaria de existir no dia 31/12/1992 e Havel foi eleito presidente do novo Estado que nascia, em 1993, como filho direto da sedição: a República Tcheca. Václav Havel, que viveu os horrores do que chamou de “Estado espetáculo totalitário”, descreveu sua própria experiência, mas com substância suficiente para que pudéssemos ainda hoje compreender a engrenagem do Estado de Exceção (no seu caso, um Estado Totalitário travestido de “juridicidade falsificada²⁰”):

Enquanto nas ditaduras “clássicas”, a vontade de poder se realiza, em larga medida de maneira direta e expeditiva não tendo estas, razão para se esconder ou camuflar o exercício do poder, nem, por conseguinte, atrapalhar-se demasiado com uma qualquer regulamentação jurídica, o sistema pós-totalitário, ao contrário, está obcecado pela necessidade de tudo comprimir dentro de uma regulamentação [...] A regulamentação jurídica tem, também ela, um papel de álibi: enverga os fundamentos “baixos” do poder executivo com o smoking dos termos da lei [...] Tive muitas vezes ocasião de presenciar com os próprios olhos de que maneira um policial, um procurador ou juiz – quando defronta um cartista com alguma experiência ou um advogado mais temerário do que a média e que está exposto aos olhares do público (como indivíduo nomeado, arrancado ao anonimato do aparelho) –, começa de repente a velar com angústia para que não apareça nenhuma fissura no ritua. (HAVEL, 1991, p. 178-179-183 – grifos nossos)

20 Aliás, em tudo, seu relato lembra *O Processo* de Franz Kafka (1997).

Depois, em tom também crítico, mas dirigido sobretudo à dinâmica tecnicista que orienta a *modernidade tardia*, Havel faria um pronunciamento no Brasil, em 1996, no Parlamento Latino-Americano.

Como já indicado, outro caso que já é um clássico desse “evento jurídico-político”, envolvendo o uso/abusivo dos meios de exceção e que foram instrumentalizados pela Razão de Estado, resultando na conversação do Estado de Emergência em estatuto político²¹, foi dado pelo presidente do Paquistão. Pervez Musharraf já havia chegado ao poder por meio de um *golpe de Estado* em 1999 e, em 2007, perpetrou novo golpe de Estado travestido do *status* jurídico do Estado de Emergência.

No dia 03/11/2007, Musharraf suspendeu a Constituição e afastou o presidente do Supremo Tribunal, Iftikhar Chaudhry; depois de ter-se declarado inconstitucional o próprio Estado de Emergência, todos os juízes foram mantidos presos no interior da Suprema Corte. A decisão foi tomada pouco antes da Suprema Corte anunciar seu veredicto sobre a legalidade da candidatura do general à Presidência, depois de ele ser reeleito no pleito realizado em outubro, uma vez que foi candidato ocupando, ao mesmo tempo, o cargo de comandante do Exército: a expectativa, generalizada, era de que a decisão da Suprema Corte seria contrária. Segundo Musharraf, quando a Suprema Corte também decretou a inconstitucionalidade do Estado de Emergência (Sítio), militantes islâmicos estavam agindo como um governo próprio no país e o “Estado oficial” se via paralisado pela interferência do judiciário:

O Paquistão atingiu um ponto perigoso, e está passando por uma crise interna’, disse. ‘O que quer que esteja acontecendo é por causa de distúrbios internos. A situação está mudando muito rápido. O terrorismo e o extremismo estão no limite [...] O sistema de governo, no meu ponto de vista, está em semiparalisia. *Todos os funcionários do governo estão sendo insultados pelos tribunais*²², e é por isso que nós não estamos sendo capazes de tomar medidas. (grifos nossos)²³

Musharraf aproximou-se da ex-primeira-ministra Benazir Bhutto, líder nacional, que retornou ao Paquistão após oito anos de exílio voluntário. No ato do congelamento do Estado de Direito, Bhutto estava nos Emirados Árabes Unidos, mas criticou as decisões e disse que tudo não passava de ditadura: “A menos que o general Musharraf reverta seu curso, será muito difícil que ocorram eleições justas [...] Eu concordo com ele que nós enfrentamos uma crise política, mas

21 Ou seja, *Estado de Sítio Político* (MARX, 1986).

22 Certamente, referia-se ao que imaginava ser sua própria condição.

23 Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/bbc/2007/11/03/ult5022u488.jhtm>.

acredito que o problema é a ditadura; eu não acredito que a solução é ditadu”²⁴. O governo tirou do ar emissoras independentes de TV, suspendeu direitos individuais e as demais garantias constitucionais. Com isto, Musharraf implementou um evidente Estado de Sítio Político (ou golpe de Estado decretado sob o nome de “emergência”, às pressas), não para solucionar emergências do tipo “catástrofe natural” ou “necessidade localizada de controle social”²⁵, mas sobretudo para garantir-se no poder.

Depois de muita pressão, de ameaça do *ius rebellii*, no dia 15 de dezembro de 2007, o presidente do Paquistão suspendeu o Estado de Exceção: “o saldo final do estado de exceção foi o fechamento de vários canais de televisão críticos a Musharraf e a *detenção temporária de 5.700 advogados, ativistas políticos e opositores*, entre eles o ex-presidente do Supremo Iftikhar Chaudhry e a ex-primeira-ministra Benazir Bhutto” (ISLAMABAD, 16/12/2007, grifos nossos). Entidades de direitos humanos, como a *Human Rights Watch*, afirmaram que o ato político não implicaria, por si só, no retorno ao “direito constitucional verdadeiro”. Especialmente porque os “juízes rebeldes” do Supremo Tribunal paquistanês, na vigência do Estado Exceção, foram paulatinamente substituídos por outros mais dóceis ao Executivo e ao uso/abusivo da exceção.

Mas, com o assassinato de Benazir Bhutto, já de volta ao Paquistão, no dia 26 de dezembro de 2007²⁶ (fato comparável a um atentado ao Estado, dada a dimensão política da ex-premiê), abriu-se um “grande vácuo político”. Com isso, *o maior temor passou a ser o de que grupos islâmicos radicais pudessem tomar o poder em um país nuclearmente armado*. A avaliação quase geral é de que Benazir Bhutto parecia a única proposta política viável ao instável Estado de Exceção. De acordo com a avaliação diante do caos político-institucional, o povo e as autoridades passaram a pressentir que era chegada a hora da Lei Marcial: não há dúvidas de que a exceção criou este ciclo político trágico. Em resposta, a oposição passou a atacar duramente o Presidente Pervez Musharraf, numa grave e ameaçadora onda de violência:

Os moradores da maior cidade do Paquistão começaram a sair de suas casas neste domingo e se esforçam para encontrar comida e combustível entre os prédios queimados, vidraças quebradas e

24 Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/bbc/2007/11/03/ult5022u488.jhtm>.

25 Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/bbc/2007/11/03/ult5022u487.jhtm>.

26 “De acordo com a polícia paquistanesa, um suicida disparou contra Bhutto quando a ex-premiê deixava o evento e preparava-se para entrar em uma caminhonete. De acordo com Rehman Malik, responsável pela segurança dela, tiros atingiram seu peito e seu pescoço. Em seguida, o suicida explodiu uma bomba, matando ao menos outras 20 pessoas das milhares que estavam presentes ao comício.” É notório que o fato de ter sido baleada várias vezes mostra uma falha grave na sua segurança pessoal. Veja-se a matéria em: <http://noticias.uol.com.br/ultnot/2007/12/27/ult23u881.jhtm>.

carros queimados por Karachi [...] Os três dias de manifestações e confrontos deixaram ao menos 40 mortos na Província de Sindh, onde fica Karachi. Centenas de agências bancárias foram destruídas e 950 veículos foram incendiados. O porto da cidade, normalmente movimentado, continuava completamente vazio [...] Mohammed Umar, 60, servidor público aposentado, saiu de casa para comprar farinha em uma das duas lojas abertas na principal região comercial [...] Na noite anterior, Umar disse ter visto pessoas arrombando os cadeados de lojas, e perguntou por que a polícia não estava tomando medidas mais agressivas para conter o caos. “O governo é totalmente responsável por isso”, afirmou [...] Policiais munidos de rifles faziam a guarda nas esquinas da cidade, e patrulhas militares em jipes rodavam pelas partes mais violentas de Karachi.²⁷

As manifestações e conflitos trouxeram 60 mortos e prejuízos de mais de US\$ 1,3 bilhão de dólares. No episódio que envolveu a morte da ex-primeira-ministra, em si mesmo, estão imiscuídos elementos dramáticos, quase romanescos, entre Razão de Estado, desordem jurídico-política, intolerância religiosa e tragédia familiar: “A tragédia da família Bhutto – seus irmãos também foram assassinados, um envenenado e outro a tiros, e o marido dela passou sete anos na prisão – tornou-se parte da luta dos paquistaneses para criar um Estado moderno e democrático viável” (RASHID, 29/12/2007).

A ex-primeira-ministra era considerada uma gigante em meio a “pigmeus políticos e seus acólitos militares”, e também se opunha ferozmente ao governo militar e ultimamente ao Talebã: o que teria gerado o ataque terrorista-extremista. Com a deposição e o enforcamento do avô e a morte a tiros da mãe, Bilawal Bhutto Zardari, de apenas 19 anos, assumiu a liderança da dinastia política paquistanesa na oposição, mas já adiantando o que pensava: “Minha mãe sempre dizia que a democracia é a melhor vingança” (Paquistão, 21/12/2007).

É evidente que o mote de toda essa associação é a *Realpolitik*, inspirada em Bismarck; afinal, a exceção é uma “política de resultados que exclui princípios”.²⁸ Vimos como se processou esta repetição da Razão de Estado na figura do Estado

27 Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u359169.shtml>.

28 “Quanto à *Realpolitik*, ela resulta do malogro das revoluções européias do ano de 1848 [...] A figura romântica do herói, a paixão do romantismo pelo entusiasmo revolucionário cedem lugar a uma análise mais fria das relações de força, justificando compromissos políticos [...] O pivô da *Realpolitik* está nessa política de resultados, que exclui os princípios [...] O problema da *Realpolitik* está, pois, em que renegando o que caracteriza a proposta revolucionária, a pretexto de garantir certos resultados, acreditando numa ideia mais ou menos linear de progresso, graças à qual concessões hoje obtidas se somarão a outras amanhã, pensando, finalmente, que o detentor do poder é bom, e sensível aos reclamos da justiça, ou prudente, e pode ceder um pouco para melhor assegurar sua dominação, ou tolo, e não notará que corrói seu próprio poder, ela erra enquanto política liberal ou democrática, e abre a via justamente para a reação conservadora, no caso Bismarck” (RIBEIRO, 1993, p. 142).

de Necessidade e depois na forma mais escancarada do Estado de Exceção. Na verdade, há mais “repetição e conservação do mesmo”, há mais do mesmo, do que qualquer tipo de reinvenção: se há metamorfose, o resultado final mantém o tema central. Isto é, quer seja no Antigo Regime ou no liberalismo clássico da Revolução Francesa, quer seja nos exemplos de 2007, o Estado de Necessidade foi só mais um expediente dessa condição monocromática e autocrática da soberania. Como disse Carl Schmitt (2006): “O poder soberano é o poder de exceção”. Desse modo, podemos ver do que se compõem esta tecnocracia política²⁹ da Razão de Estado.

O que há em comum a todos os casos é uma “proposital confusão entre crise de governabilidade e Razão de Estado”. São apenas exemplos, mas, como se vê podem ser multiplicados e assim, gradativamente, a exceção vai tornando-se regra e, o que é pior, nem percebemos (ou percebemos e é tarde para reagir). Por isso, é preciso ver esse problema e colocá-lo em destaque, observando-o com lupa, pois, no caso do “poder de exceção”, vemos o quanto afloram suas metástases. Vimos, enfim, o quanto e a que velocidade se espraia este poder com força capaz de subtrair os direitos mais fundamentais e elementares à mínima convivência social.

Referências

- ÁFRICA. Conflito africano custou US\$ 284 bi. In: *O Estado de S. Paulo*. Caderno A, p. 18, 12 out. 2007.
- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.
- BARBA, Mariana Della. Meninos-soldados tentam esquecer a infância e reconstruir a vida. *O Estado de S. Paulo*. Caderno H-Especial, p. 04, 17/12/ 2007.
- BENJAMIN, W. *Obras escolhidas: magia e técnica, arte e política*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.
- BERMAN, Marshall. *Tudo que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1986.
- BOBBIO, Norberto (org.). *Dicionário de Política*. 5. ed. Brasília: Editora da UNB, 2000b.
- BORJA, Rodrigo. *Derecho Político e Constitucional*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- BOURDIEU, Pierre. From the King's House to the Reason of State: A Model of the Genesis of the Bureaucratic Field. In: *Constellations*, v. 11, n. 1, 2004.
- CASSIRER, Ernst. *O mito do Estado*. São Paulo: Códex, 2003.

²⁹ Tecnocracia: engenharia do poder que busca calibrar meios e fins e ajustar-se pela lógica econômica do custo-benefício, para melhor proveito dos que já são detentores do poder.

- GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolado: o que a globalização está fazendo de nós*. Rio de Janeiro: Record, 2000.
- HAVEL, Václav. *Escritos políticos*. Rio de Janeiro: Bertrand Editora: Venda Nova, 1991.
- HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2003.
- IANNI, Octavio. *Revolução e cultura*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1983.
- ISLAMABAD. Ex-premiê paquistanês volta e é exilado. *O Estado de S. Paulo*. Caderno A, p. 18, 10 maio 2007.
- ISLAMABAD. Musharraf suspende estado de emergência. *O Estado de S. Paulo*. Caderno A, p. 33, 16 dez. 2007.
- KAFKA, Franz. *O Processo*. 9ª Reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.
- KUPER, Adam. Admirável Mundo Novo. In: KUPER, Adam. *Cultura: a visão dos antropólogos*. Bauru-SP: EDUSC, 2002.
- LAPOUGE, Giles. O Islã e a democracia. *O Estado de S. Paulo*. Caderno A, p. 12, 02 mai. 2007.
- _____. China muda tom com os ditadores decrépitos. *O Estado de S. Paulo*. Caderno A, p. 20, 27 set. 2007.
- _____. Crise faz a Revolução da Rosa Murchar. *O Estado de S. Paulo*. Caderno A, p. 14, 09/11/2007.
- _____. *Na periferia, reforço contra imigração*. *O Estado de S. Paulo*, Caderno Internacional, p. 18, 21/12/2007.
- MENEZES, Aderson. *Teoria Geral do Estado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- MARTINEZ, Vinício Carrilho. *O cidadão de silício*. UNESP – Faculdade de Filosofia e Ciências: Marília-SP, 1997.
- _____. *A rede dos cidadãos: a política na Internet*. Tese de doutorado. São Paulo: Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo (FEUSP), 2001.
- _____. *Estado de (não)Direito: quando há negação da Justiça Social, da Democracia Popular, dos Direitos Humanos*. Mestrado em Ciências Jurídicas. Paraná: Universidade Estadual do Paraná – UNESPAR. Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro – FUNDINOPI, 2005.
- _____. Fundamentos institucionais do Estado. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1067, 3 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8453>>. Acesso em: 04 set. 2006.
- MARTINEZ, V. C. & MUCHERONI, M. *Metamorfoses virtuais*. São Paulo: Editora Bless, 2007.
- MARX, Karl. *A Guerra Civil na França*. São Paulo: Global, 1986.
- MATOS, Olgária. *Discretas esperanças: reflexões filosóficas sobre o mundo contemporâneo*. São Paulo: Nova Alexandria, 2006.
- NAIRÓBI. Polícia queniana impede protesto contra governo. *O Estado de S. Paulo*. Caderno Internacional, p.12, 04/01/2008.

OUTHWAITE, William & BOTTOMORE, Tom. *Dicionário do pensamento social do século XX*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1996.

PAQUISTÃO. Filho de 19 anos de Benazir assume chefia de partido e mantém dinastia. *O Estado de S. Paulo*. Caderno Internacional, p.7, 31/12/2007.

RAMOS, Graça. Eleição acirra ódio étnico no Quênia. *O Estado de S. Paulo*. Caderno Internacional, p. 08, 03/01/2008.

RASHID, Ahmed. Crime põe Musharraf em xeque. *O Estado de S. Paulo*. Caderno Internacional, p. 11, 29/12/2007.

RIBEIRO, Renato Janine. *A última razão dos reis: ensaios sobre filosofia e política*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

ROMANO, Roberto. *Moral e ciência: a monstruosidade no século XVIII*. São Paulo: Editora Senac, 2003.

SHELLEY, Mary. *Frankenstein: uma história de Mary Shelley contada por Ruy Castro*. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SUN TZU. *A arte da guerra*. 30. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

TESTART, Jacques. Biotecnologia: o fantasma do apartheid genético. *Le Monde Diplomatique*. Disponível em: <http://diplo.uol.com.br/2007-12,a2077>. Acesso em: 12/2007.

ESTADO, SOBERANIA E PODER: UMA VISÃO A PARTIR DA SOCIEDADE INTERNACIONAL

STATE, SOVEREIGNTY AND POWER: A VIEW FROM INTERNATIONAL SOCIETY

Silvana COLOMBO

Advogada, Doutoranda em Direito pela PUC/PR, Mestre em Direito Ambiental pela UCS/RS, professora do Curso de Direito da Unoesc-SMO.

Resumo

A partir da Paz de Vestfália, em 1648, o Estado Moderno se consolida na sociedade internacional como seu principal ator e também como poder soberano, livre de qualquer vínculo de dependência a outros poderes inferiores ou superiores. Desta forma, nas páginas que seguem procede-se um estudo do Estado Moderno. É que a Paz de Vestfália não apenas marcou a derrocada da supremacia da Igreja e do Império e, portanto, da descentralização do poder, mas também assinalou o surgimento da sociedade internacional moderna integrada por Estados iguais, independentes e soberanos

Palavras-Chave: estado; soberania; sociedade internacional.

Abstract

From Westfalia Peace in 1648, modern state establishes itself in the international society as the main actor and also with sovereign power, free from any link of dependence to other higher or lower powers. So, here we have a study of Modern State. Westalia Peace marked the fall of the church and empire supremacy, hence, the decentralization of power. However, it also highlighted the arise of modern international society built by equal, independent and sovereign States.

Keywords: state; sovereignty; international society.

Antes de entrar nos aspectos concretos da afirmação e consolidação do Estado Moderno como principal ator das relações internacionais, o que se efetiva a partir da chamada Paz de Vestfália, é conveniente tecer algumas reflexões gerais sobre a origem e a formação desse Estado.

Se, por um lado, a importância da diferenciação entre diversas épocas da história da Humanidade, em ordem cronológica, evidenciando as características

principais do Estado em cada época, deve ser relativizada, de outro lado, contribui para a tipificação e a compreensão tanto do Estado quanto da sociedade internacional contemporânea. Porque, como afirma Franco Júnior: “Um mundo obcecado pela atualidade é um mundo obcecado pelo esquecimento” (1999, p.180).

Nesta linha, a gênese histórica do Estado Moderno é extremamente complexa e sua elucidação implica não apenas referências às revoluções políticas do século XVIII (ápice político da época moderna), como também nos remete ao período denominado de Idade Média, período este de transição entre o Mundo Antigo e o Mundo Moderno, mas, sobretudo, momento histórico determinante da formação do principal ator das relações internacionais – o Estado Moderno.

Ao se estudar as características da Idade Média, é necessário pontuar que este é um período histórico existente entre a queda do Império Romano, no século V, e o surgimento do Renascimento, no século XV, em que pese à falta de consenso dos estudiosos sobre a data de início e de fim do referido período.

Sejam quais forem as hipóteses sobre o fato que configura o início e o término da Idade Média, deve-se “renunciar à busca de um fato que teria inaugurado ou encerrado determinado período”, porque o essencial é vislumbrar os contornos gerais do momento histórico para que se proceda à determinação das balizas cronológicas medievais e de seus traços mais importantes, com vistas a compreender a afirmação do Estado Moderno.

Assim, a Idade Média, data do “final do Império Romano (começo do século V) e sua vigência histórica estende-se até o século XV, quando se instaura a grande Renascença italiana, que ela preparou” (OLIVEIRA, 1997, p. 5). Desta observação derivam as primeiras características da Idade Média: um período histórico bastante abrangente, que envolve aproximadamente mil anos, e, principalmente, um período de transição ou intermediário entre duas outras fases da História da Humanidade, a saber, Idade Antiga e Idade Moderna.

Considerada até então como um mal e/ou como um mero intervalo cronológico, “a Idade Média parece uma espécie de conjunto vazio na série das épocas históricas: nem arte, nem ciência, nem Filosofia” (HEERS, 1994, p.17). No entanto, tal período começa a adquirir um valor positivo pelo fato de ser uma etapa de preparação ao aparecimento do Estado Moderno, ou seja, é nas deficiências da sociedade política medieval que se criam novas condições que irão determinar as características do referido Estado.

Uma das condições determinantes da criação do Estado Moderno é a aspiração à antiga unidade do Estado Romano, até então não conseguida no período Medieval. O que mais se constatava nesta etapa da história era uma ordem precária, seja pela pluralidade de poderes (apesar da existência de um poder

superior, exercido pelo imperador), seja pela indefinição das fronteiras políticas (PERRY, 1999).

A isso tudo se acrescentam, para a caracterização do Estado Medieval, as relações econômicas feudais. Conjugadas as invasões dos povos bárbaros e as guerras internas que afastaram a possibilidade de desenvolvimento do comércio, resulta um cenário caracterizado pelo modo de vida essencialmente terrícola, operando em níveis baixos de produtividade e, principalmente, pela valorização da posse de terra, já que os meios de subsistência se resumiam às iniciativas rurais.

Paralelamente a este fato, o período medieval estava sob o domínio do poder da Igreja que, após a queda do Império Romano (teve início no século I a.C. e entrou em declínio no século IV d.C.), foi “aos poucos preenchendo os vazios deixados por ele, até, em fins do século IV, se identificar com o Estado (com o Império), quando o Cristianismo foi reconhecido como religião oficial. Consequentemente, a Igreja passava a ser a herdeira natural do Império Romano” (FRANCO JUNIOR, 1999, p. 108).

Salienta-se, sobretudo, a consagração da Igreja como instituição dominante a partir do processo de fragmentação do Império Romano, momento em que ela reúne todas as condições para regulamentar os diversos setores da sociedade medieval. Neste sentido, pode-se dizer que a Idade Média se caracteriza por ser um período histórico longo e de transição entre o Mundo Antigo e o Moderno, marcado pelo domínio do poder da Igreja e pela influência do feudalismo.

É durante os séculos do medievo que vai formando-se a concepção jurídica do Estado baseado no poder soberano, reconhecido como o poder supremo e não sujeito a qualquer tipo de restrição. A marca fundamental do Estado Moderno é, portanto, a ideia de soberania, ou seja, da existência de um poder maior autorizado a exercer, em última instância, a força porque tem poder coativo e legítimo para tal.

1 A paz de Vestfália e a afirmação do Estado Moderno

A afirmação definitiva do Estado Moderno como núcleo principal das relações internacionais ocorre a partir da Paz de Vestfália (1648). Ou seja, os Tratados de Vestfália “tiveram o caráter de documentação da existência de um novo tipo de Estado”, que tem, como uma de suas marcas principais, a figura do soberano, a presença deste poder superior acima dos Estados e uma sólida estrutura política, social e militar.

A par disso, a Paz de Vestfália se constitui num momento histórico de grande relevância, porque marca a passagem da sociedade medieval (domínio do poder da Igreja) para a sociedade do Estado Moderno, vinculado à noção de

soberania e à centralização do poder político, tão desfragmentado no período medievo.

Diante de tal importância, parece plausível pontuar que a Paz de Vestfália teve como marco histórico central o fim da Guerra dos Trinta Anos, em 1648. No entanto, as negociações de paz entre os Estados envolvidos começaram cinco anos antes, concretizando-se por meio de duas conferências: uma realizada em *Munster*, com a participação das potências protestantes, e outra em *Osnabrück*, de que participaram as potências católicas (BEDIN, 2001, p. 169).

A divisão e/ou correlação de forças entre protestantes e católicos (como referido no parágrafo anterior) dificultou as negociações e conversações diplomáticas para a busca de uma paz duradoura. Não obstante os obstáculos encontrados, as Conferências realizadas culminaram com o Tratado de Paz, em 1648, e a afirmação de três princípios fundamentais: a) o princípio da liberdade religiosa dos Estados; b) o princípio da soberania dos Estados; c) o princípio da igualdade entre os Estados.

Mais do que os efeitos práticos de suas disposições e de seus tratados, a Paz de Vestfália consagrou “o reconhecimento oficial da ideia de uma sociedade internacional integrada por Estados iguais e soberanos” (BOSON, 1994, p.162). Notadamente, a partir deste tratado, a mudança mais significativa foi o aparecimento da figura do soberano como instância política mais elevada na circunscrição de seu território, ou seja, detentor de um poder supremo – *suprema potestas*.

Deve-se ter presente tudo isto para a exata compreensão da sociedade internacional, que se apresenta, como se verá, no Estado moderno, como uma sociedade integrada por Estados iguais e soberanos, o que implica no reconhecimento do caráter supremo de um poder que não sofre qualquer tipo de limitação.

A Paz de Vestfália e seus Tratados significaram a primeira tentativa para estabelecer uma ordem internacional no mundo moderno. Surgiu, então, o direito internacional público com a finalidade de reduzir os conflitos armados entre os Estados e também assegurar a prevalência do princípio da soberania e da territorialidade.

Portanto, a essência das considerações feitas até o momento acerca dos fatos que contribuíram para o nascimento do Estado moderno repousa na institucionalização da sociedade internacional a partir da Paz de Vestfália (1648). “Uma sociedade humana considerada sob certos aspectos, profundamente heterogênea, politicamente não-estruturada e tampouco integrada” (TRUYOL; SERRA, 1998, p. 56). Por conseguinte, permanece como essencial a assertiva de que se reconhece em Vestfália o predomínio e a igualdade entre os Estados, agora detentores de um poder superior: a soberania.

2 Estado Moderno e sociedade internacional

O marco histórico fundamental da afirmação do Estado moderno é a Paz de Vestfália e seus tratados. Isto porque o Estado se torna o centro da articulação política da sociedade internacional, ou seja, ele se apresenta como um poder soberano que não se submete a nenhum outro poder superior e que, sobretudo, luta pela unidade de poder.

A luta pela supremacia e pela unidade do poder, condição necessária para a vida em sociedade, é a questão fundamental no Estado Moderno. Por isso, Hobbes opta pela dicotomia anarquia-unidade em vez do conflito liberdade-opressão. Não permite que nenhum outro poder venha interferir na relação entre Estado soberano e indivíduo, porque a anarquia que resulta dos conflitos em sociedade pode significar a ruína do Estado. Por isso, a alternativa para que a generalização do conflito seja evitada não é outra senão a autoridade soberana.

Em outras palavras, com a Paz de Vestfália: “Os Estados aceitaram a coexistência de várias sociedades políticas e aceitaram a possibilidade de que estas sociedades tivessem o direito de ser entidades independentes, o direito de assegurar sua existência e, ademais, de ser tratada em igualdade de condições” (VIGNALI, 1993, p.161).

A integração do Estado na sociedade internacional é marcada não apenas pela igualdade entre os Estados, mas também pela ideia de soberania. Por conseguinte, a reivindicação deste poder supremo por parte dos Estados fragmenta a sociedade internacional, que se defronta com a necessidade de harmonizar o exercício da soberania de seus membros.

Desta situação resultam algumas consequências. Uma delas é o reconhecimento do direito de fazer guerra como um dos principais atributos da soberania. Outra é a “ausência de uma instância superior que detenha o monopólio da violência legítima” (ARON, 1986, p. 382). Os Estados igualmente soberanos buscam o poder, conseqüentemente, as relações internacionais da sociedade moderna são marcadas por tensões e conflitos, em que só o poder pode frear o poder (MORGENTHAU, 1986).

Estas transformações que acompanharam as relações entre os Estados modernos contribuíram para o processo de desenvolvimento de uma ordem jurídica superior: o Direito Internacional Público. Dito de outra forma, os Estados encontram no direito internacional uma autolimitação, isto é, este direito significa um limite externo à vontade dos próprios Estados soberanos.

Através dos tempos e de sua evolução, os Estados Modernos passam a ser soberanos e iguais entre si. Por sua vez, a sociedade internacional contempla a presença de diversas unidades políticas territorialmente definidas que, coexistem com base nos princípios da soberania e da igualdade.

No presente contexto, seria mais adequado caracterizar as relações internacionais entre Estados soberanos como relações interestatais, como propôs Truyol y Serra. No entanto, mais do que mudar a terminologia interessa-nos compreender as relações internacionais no sentido de “relações de grupos humanos diferenciados, entre grupos territorialmente organizados e com poder de decisão”, ou ainda, “entre grupos territorialmente organizados de poder que possuem o monopólio do uso legal da força” (1998, p. 19).

As relações entre os Estados configuram-se como uma estrutura anárquica, em que, não havendo o monopólio da violência legítima, cada ator garante a própria segurança com suas forças, sozinho ou em combinação com os aliados. Isto porque a ordem legal internacional é rígida e se caracteriza pela ausência de um monopólio público da força, já que o poder (principalmente) militar está concentrado nas mãos de cada Estado.

Afirmar que a luta pelo poder é o núcleo central nas relações internacionais da sociedade moderna implica, no fundo, dizer que tal sociedade apresenta uma estrutura anárquica. Em outras palavras, a inexistência de um governo comum e também a ausência de monopólio da violência legítima geram tensões entre os Estados que fragmentam o sistema legal dos mesmos.

Por isso, as relações entre os Estados caracterizam-se pela não superação do estado de natureza hobbesiano, isto porque as relações entre “os Estados não são regulamentadas por um poder comum” (BOBBIO, 1997, p. 77). Num cenário em que se reconhece a autoridade absoluta dos Estados e a igualdade entre entes soberanos, permanece a condição anárquica das relações internacionais, em função da preponderância da guerra e dos conflitos.

A leitura atenta do *Leviatã* não deixará de mostrar que o homem no estado de natureza vive sem a presença da sociedade política e revela uma tendência para a competição, dominação e exploração. É justamente pela ausência de um poder centralizado que seja superior às relações entre os entes estatais que se atribui o adjetivo “anárquia” à sociedade internacional moderna.

Além da independência das autoridades soberanas, ocorre que, enquanto na política doméstica a luta pelo poder é governada e circunscrita pelo molde das leis e instituições, na política internacional a lei e as instituições são governadas e circunscritas pela luta pelo poder. De fato, esta é a justificativa para chamar a política internacional de política de poder por excelência.

Se, de um lado, a sociedade internacional moderna pode ser caracterizada como anárquica, de outro lado, pode-se afirmar que, apesar da inexistência de um poder central nas relações entre os Estados soberanos e iguais, “há tanto cooperação quanto conflito; existe um sistema diplomático e o direito internacional e instituições internacionais que complicam ou modificam o andamento da política de poder [...]” (WIGHT, 1985, p. 85).

O Estado Moderno é regido pelo sistema de equilíbrio de poder e apresenta uma estrutura política descentralizada e anárquica. Paralelamente a este fato, a presença de um governo centralizado é a característica que define as relações internas nos Estados e que o distingue das relações entre os Estados no plano internacional.

Não existe na sociedade internacional uma instituição central, ou um conjunto de instituições que desempenhe funções governamentais. Por isso, pode-se dizer que a anarquia e a ausência de um governo internacional não somente se constituem no traço específico das relações entre Estados soberanos, mas também tornam a guerra um instrumento legítimo.

Uma vez que as relações internacionais compreendem as relações entre Estados soberanos, a questão que ora se coloca é se a vida internacional moderna poderia ser designada de comunidade. Tal possibilidade não é descartada se considerarmos as relações de interdependência e de problemas globais, que exigem um sistema de cooperação internacional para serem solucionados.

Configuradas desta forma as relações entre os Estados, infere-se que “estamos frente a uma sociedade internacional que apresenta traços característicos de comunidade internacional, ainda que esta não se tenha configurado plenamente como tal” (ARENAL, 2001, p. 137).

Nesse embate entre sociedade e comunidade internacional, o cerne da questão repousa na aplicação do marco normativo mais adequado à sociedade internacional. Assim, devem ser aplicadas normas jurídicas que tutelam tanto interesses gerais quanto comunitários, com o fim de promover o desenvolvimento de direitos humanos e ambientais.

Dito de outra forma, na sociedade internacional ainda prevalece um viver individual, que a caracteriza como um grupo de comunidades políticas soberanas e independentes que estruturam suas relações por meio de consenso e formas de pensar e raciocinar comuns. Enfim, apresentam elementos comuns que podem ser culturais, religiosos, éticos, políticos e econômicos e que são exteriorizados por meio, principalmente, de acordos e tratados.

Já a comunidade, além de uma etapa mais desenvolvida da vida internacional, pressupõe a existência de um viver em conjunto em que a vida do indivíduo se funde com a vida da comunidade. Ao analisar os traços característicos de uma comunidade internacional, Etzioni diz que:

Uma comunidade política é caracterizada por três tipos de processos autárquicos: ela possui um poder de coerção suficiente para contrabalançar o poder de coação de qualquer um de seus membros ou de uma coligação desses; tem um centro de decisão capaz de influenciar, de uma maneira importante, a repartição dos bens em toda a comunidade; ela é o foco principal de lealdade política da grande

maioria dos cidadãos politicamente ativos. Uma comunidade política é, assim, um Estado, uma unidade administrativo-econômica e um foco de realidade. (1990 p. 358-359)

Mesmo que as relações entre Estados soberanos no período Moderno tenham natureza de uma sociedade internacional, em razão da própria anarquia descentralizada que marca as relações internacionais, evidencia-se que, subjacente a esta realidade, começa a se vislumbrar um processo de passagem de sociedade para comunidade internacional.

A emergência de uma comunidade internacional adquire maior importância diante da tendência de integração e cooperação entre os Estados soberanos e independentes. A passagem de sociedade para comunidade internacional é um processo complexo; contudo, esta transição poderá encontrar nos fenômenos da globalização e da interdependência os fatores de convergência para o surgimento desta nova etapa das relações internacionais.

A ideia de sociedade internacional como sociedade de Estados independentes e detentores de um poder soberano surgiu na “Europa durante os séculos XVI e XVII” (NARDIN, 1987, p. 55) e engloba as relações sociais e interdependentes, assim como a solidariedade entre os Estados e seus povos. Ou seja, é uma sociedade politicamente dividida em Estados soberanos inseridos numa estrutura de normas comuns.

Aron denomina de sociedade internacional o conjunto de relações entre o sistema interestatal, a economia mundial, os fenômenos transnacionais e supranacionais. Ou seja, a totalidade das relações tanto entre Estados quanto entre pessoas privadas constitui a sociedade internacional. No entanto, este conjunto de totalidades não é condição suficiente para sustentar um verdadeiro conceito de sociedade ou sistema internacional (ARON, 1986).

De qualquer modo, a sociedade internacional implica em múltiplas relações e reconhece o predomínio e a igualdade entre os Estados soberanos. Se, no plano interno, o poder é centralizado, no plano externo inexistente um poder soberano superior. Neste sentido, o núcleo das relações entre os Estados não é outro senão a luta pelo poder, que inevitavelmente corrobora com a conformação do Estado de anarquia das relações internacionais.

Tudo isso esclarece que a soberania e a luta pelo poder constituem o núcleo da sociedade internacional moderna. Primeiro, porque, ante a ausência de qualquer poder superior que detenha o monopólio da violência legítima, cada Estado procura garantir sua segurança com suas próprias forças, originando constantes conflitos. Segundo, porque a sociedade moderna se estrutura com base nos princípios da soberania e da igualdade, ou seja, se reconhece o Estado como potência soberana.

Afirmar que a soberania é o ponto central das relações entre Estados implica, no fundo, dizer que o poder de força do Estado é reconhecido como legítimo, ao mesmo tempo em que impõe um dever de obediência. Por isso, o poder é estudado a partir da teoria jurídico-política da soberania que serve como justificativa para a formação do Estado moderno.

Por detrás das questões imediatas que decorrem das relações entre Estados independentes, situam-se questões como a luta pelo poder e a soberania como principais pilares da sociedade internacional. Assim como o poder é núcleo de articulação das relações internacionais, o Estado – a partir da Paz de Vestfália – é uma unidade política soberana.

2.1 Soberania e política de poder: o núcleo da sociedade internacional

No âmbito internacional, as relações entre os Estados soberanos e independentes apresentam-se complexas em sua estrutura tipificada como anárquica, uma vez que os Estados não estão subordinados a um governo supranacional. Assim, o estado de anarquia é inerente às relações interestatais; ele revela uma sociedade descentralizada e fragmentada, que vive em choques e conflitos, mas que também abarca o equilíbrio e a cooperação.

Dentro dessa concepção, as relações entre unidades políticas soberanas têm como núcleo central a própria soberania e a política de poder. Política de poder no sentido de “que os Estados não admitem arbítrio, tribunal, ou lei superior à sua vontade; em consequência, devem sua existência e segurança a si próprios e a seus aliados” (ARON, 1986, p.189).

Por sua vez, a soberania implica tanto no reconhecimento do Estado Moderno como poder supremo dentro do seu território quanto no predomínio da igualdade entre todos os Estados soberanos. Assim, nas relações interestatais o primado do interesse individual de cada unidade política soberana culmina com a necessidade de ser estabelecido um sistema de equilíbrio de poder para harmonizar a vontade dessas unidades.

Se, de um lado, o conceito de soberania como sendo “a suprema autoridade de um Estado sobre seus cidadãos e súditos”, dada por Jean Bodin em sua obra *De La Republique*, em 1576, está tornando-se obsoleto; de outro lado, este conceito continua muito vivo no cenário internacional. Isto porque nas relações internacionais impera a autoridade soberana dos Estados; ele é a autoridade suprema e não partilha esta qualidade com nenhuma outra unidade política conhecida como Nação-Estado.

A soberania, onipresente no Estado moderno, é fator determinante do estado de anarquia que caracteriza a sociedade internacional. A aspiração ao

poder está incrustada no princípio da soberania absoluta. Dito de outra forma, a tensão entre os Estados é um constante porque não há, no plano internacional, o monopólio da violência legítima. Em suma, a luta pelo poder caracteriza as relações internacionais.

A verdade é que, em nossos dias, a soberania se consubstancia muito mais como um fenômeno de relações internacionais do que um fenômeno interno. No plano interno, a soberania, enquanto expressão da relação entre homem e Estado, gerou estabilidade e harmonia, porque há uma ordem legal centralizada. Já no âmbito internacional, conduziu à anarquia (ARON, 1986, p. 24).

O conceito de soberania pode ser tomado, então, como modificável e controvertido, pois sofre influências das concepções políticas e filosóficas de cada momento histórico. De qualquer modo, a soberania significa o poder do Estado tanto no plano interno quanto no plano externo: internamente, a autoridade do Estado prepondera sobre os indivíduos localizados em seu território, organizando livremente a jurisdição na circunscrição de seu território; no plano externo, aponta para a igualdade entre os Estados, inexistindo qualquer tipo de subordinação ou dependência (MALBERG, 1987).

Além disso, “a divisão da comunidade mundial em várias entidades políticas formalmente iguais não significa que os Estados tenham igualdade de condições para influir nas decisões e na distribuição dos valores dessa comunidade” (KAPLAN, 1964, p. 32). Cada Estado procura exercer sua parcela de poder em detrimento de outro Estado e, não raramente, instala-se o conflito e a tensão entre eles porque há uma correlação de forças.

Em outras palavras, a soberania como núcleo e problema central da sociedade internacional moderna nos remete basicamente para a relação entre o poder e o direito, que exerce o papel de legitimar os direitos decorrentes da soberania, ao mesmo tempo em que serve de instrumento de justificação no sentido de tornar legal o dever de obediência àquela.

Como se viu, o reconhecimento pelos Estados soberanos da igualdade entre si equiparou-os aos cidadãos dentro do próprio Estado, no sentido de que também devem submeter-se ao império da lei. No entanto, a realização deste objetivo desejável apresenta um caráter contraditório, simplesmente pelo fato de que não há uma força supranacional para aplicar o direito no âmbito internacional.

O poder político é decorrente da própria soberania, já que os Estados enquanto unidades políticas soberanas detêm o poder de força teoricamente suficiente para fazer com que suas decisões sejam respeitadas e também para preservar os interesses fundamentais do Estado.

Desta forma, o poder político pode ser definido como capacidade que tem uma unidade política de impor a sua vontade às demais. Em poucas palavras,

“o poder político não é um valor, mas uma relação entre homens. A guerra ou a diplomacia é expressão do poder político do Estado, já que o conflito entre vontades é uma constante na política internacional” (ARON, 1986, p. 99).

É preciso, contudo, não atrelar o poder de um Estado soberano apenas à soma total de suas potencialidades. Enquanto as potencialidades podem ser mensuráveis, o poder envolve aspectos psicológicos e relacionais que devem ser observados na sua avaliação. No aspecto psicológico, significa dizer que o poder de um Estado não prescinde da imagem que o outro Estado tem dele. Já o aspecto relacional ocorre quando as potencialidades dos Estados estão equilibradas de tal forma que o poder de cada um em relação ao outro será nulo (STOESSINGER, 1978, p. 631).

Desta forma, “a política é, em certo sentido, sempre política de poder” (CARR, 1981, p. 115). Ou seja, enquanto unidades políticas soberanas e independentes os Estados têm uma política organizada em torno da defesa dos interesses que elegem como fundamentais. Daí a tendência inerente do cenário internacional de cada Estado soberano agir de forma a impor sua vontade, numa típica consagração do direito do mais forte.

Assim, a política internacional de um Estado pode assumir o caráter de uma política de defesa, de imperialismo ou de prestígio. Mais importante do que observar o tipo de política adotada é fazer uma reflexão acerca da política de poder. Isso porque o Estado impõe soberanamente sua vontade aos demais, como forma de demonstrar ou ampliar este poder.

Embora não se possa definir política exclusivamente em termos de poder, é seguro dizer que o poder é um elemento essencial da política. Deste modo, a política entre os Estados na sociedade internacional é uma política de poder que encontra, no sistema de equilíbrio de forças, uma forma de harmonizar os poderes para estabelecer a paz e a estabilidade entre os Estados.

As relações internacionais se caracterizam pela constante luta pelo poder; entretanto, é preciso que seja estabelecido um sistema de equilíbrio que permita estabilizar e frear as relações de poder entre os Estados. Isto porque há “a aspiração ao poder por parte das diversas nações, cada uma procurando manter ou modificar o *status quo*, que conduz, necessariamente, a uma configuração que chamamos de equilíbrio (*balance of power*) e a políticas que visam conservar esse equilíbrio” (BRAILLARD, 1990, p. 115).

A forma de buscar a estabilidade do sistema internacional e de harmonizar o poder entre as unidades políticas soberanas não é outra senão por meio do sistema de equilíbrio de poder ou balança de forças. As duas expressões têm o mesmo significado, mas, Aron prefere dizer equilíbrio de forças a equilíbrio de poder, porque “as forças são mais mensuráveis do que o poder ou a potência. Se

as forças estão equilibradas, as potências também estão, pelo menos de modo aproximado” (ARON, 1986, p. 189).

Em relação ao sistema de equilíbrio de poder, David Hume, um dos primeiros autores a teorizar sobre este tema, aponta que:

Resumindo, a máxima de se preservar a balança de poder está tão fundamentada no senso comum e no raciocínio óbvio que é impossível que ela tivesse escapado inteiramente à Antiguidade, na qual encontramos, em outros aspectos, tantos sinais de uma profunda penetração e discernimento. Se ela não era tão geralmente conhecida e difundida quanto no presente, exerceu no mínimo alguma influência sobre todos os príncipes e políticos mais sábios e experimentados. E de fato, mesmo no presente, por mais conhecida e difundida que esteja entre os pensadores especulativos, ela não tem na prática, uma autoridade muito mais extensa entre aqueles que governam o mundo. (2004, p. 506)

O sistema de equilíbrio de poder criou condições para que a soberania nacional pudesse coexistir com outras soberanias igualmente independentes e detentoras do mesmo status legal. As relações entre os Estados não deixam de ser relações de poder, mas o sistema de equilíbrio permite contrabalançar o poder de coação. Nesta perspectiva, o sistema de equilíbrio de poder ocupa o lugar que seria de uma autoridade supranacional que inexistente na sociedade internacional moderna, tipificada como anárquica em razão da descentralização política.

Para Toynbee, a balança de poder constitui uma lei que atua “num sentido geral para manter sob o calibre médio os Estados, em relação com todos os critérios para a mediação do poder político: a extensão do território, volume de população, totalidade da riqueza” (apud THOMPSON, 1979, p. 56). Desta forma, os objetivos deste sistema podem ser assim sintetizados: garantir a independência dos Estados, harmonizar a contraposição de vontade de seus membros e impedir que o poder de cada Estado resulte em dominação.

Pelo exposto até aqui, pode-se inferir que o sistema de equilíbrio de poder é um tanto conservador e rígido. A relação entre os Estados está em constante movimento; por isso, apesar de ser um sistema conservador, a balança de poder procura se ajustar às transformações que ocorrem na sociedade internacional. Por conseguinte, o sistema de equilíbrio de poderes é um sistema conservador, mas também se configura como um sistema homeostático (KAPLAN, 1964).

A justificativa fundamental para a busca do poder é a preservação do interesse nacional e, principalmente, a possibilidade de fazer valer a vontade de cada Estado por meio da correlação de forças. O perigo de tais justificativas é

justamente a pretensão dos Estados em estabelecer livremente sua conduta e a não imposição de limites para a utilização desse poder.

É evidente que isto leva a uma distribuição desigual do poder entre os Estados soberanos e, conseqüentemente, ocorre o desequilíbrio da balança de poderes que institui o predomínio de um determinado Estado. Por isso, as soberanias conflitantes e a tentativa de manutenção da soberania nacional foram os fatores que impulsionaram a afirmação de um sistema de equilíbrio de poderes.

Afirma-se, então, a importância do sistema ou balança de equilíbrio de poderes e de dois dos seus conceitos: "pratos" e "fiel". Assim,

Os 'pratos' da balança são os espaços que podem ser ocupados pelas potências em disputa, quer seja um só Estado ou vários Estados, configurando as hipóteses de conflitos entre dois atores, de um ator contra vários, ou de alianças em cada um dos lados. O 'fiel' da balança ou o ponto de equilíbrio do sistema é assumido, normalmente, por um Estado ou, o que é menos comum, por um grupo de Estados, que possuem a função de equilibrar o sistema. Desta forma, sempre que esse se desequilibra para um lado, leva o Estado (fiel da balança) ao auxílio do outro para restabelecer o equilíbrio. (MOREIRA, 1996, p. 210-211)

Neste sentido, o ajuste e o equilíbrio da balança de poder proporcionaram certa estabilidade às relações interestatais, tendo sempre como parâmetro maior a instauração de um cenário de paz na sociedade internacional. Para tanto, é necessária a imposição de restrições à força dos Estados soberanos, bem como o fortalecimento de uma autoridade supranacional para prevalecer à paz em desfavor da guerra.

Até agora o debate versou em torno da necessidade da existência de um sistema de equilíbrio de poder ou de força para a realização de dois objetivos já comentados: a manutenção da paz e uma igual distribuição de poder. Aqui há dois esclarecimentos a fazer: primeiro, esta isonomia não precisa ser absoluta, "basta que a força (de cada um dos lados da balança) seja suficiente para ultrapassar o custo da tolerância do adversário" (MOREIRA, 1996, p. 214.)

Segundo, não menos importante, "o objetivo da política do sistema de equilíbrio ou balança de poder não é eliminar os poderes, mas sim mantê-los em relacionamento pacífico" (MOREIRA, 1996, p. 210). De um lado, o poder é inerente às relações interestatais, de outro lado, na base de forças do Estado está a balança de poder que preserva a soberania, ao mesmo tempo em que harmoniza as relações entre os diversos Estados modernos.

Desta forma, a ideia de balança de poder na sociedade internacional moderna é condição necessária para a preservação da independência dos Estados.

Em geral, o sistema de equilíbrio ou balança de poder está intrinsecamente relacionado à política moderna e à consolidação dos Estados como unidades políticas soberanas e independentes. É justamente a autoridade absoluta dos Estados que gera um estado quase permanente de tensão e conflito entre as vontades soberanas.

Dito isso, se a luta pelo poder é a tônica das relações entre os Estados, na sociedade internacional moderna não menos importante é o sistema de equilíbrio de poder. O choque ou os conflitos de vontades soberanas requerem que seja criado um meio para harmonizar interesses muitas vezes tão diferentes. A forma encontrada para alcançar a estabilidade e, assim, para possibilitar segurança aos participantes foi o sistema de equilíbrio de forças, um instrumento efetivo de manutenção de paz.

Além disso, o sistema de equilíbrio de poder limita o poder nacional e pode assumir três formas: competição entre dois Estados, oposição entre um Estado forte e outro fraco ou entre dois grupos que se equivalem. A correlação de forças deve ser proporcional para que não resulte na ampliação do poder, seja do Estado mais forte, seja do grupo de Estados.

Para tanto, diminui-se o poder do mais forte ou incrementa-se o do mais fraco, não prescindindo de mecanismos de compensação e alianças para estabilizar as relações de forças e, conseqüentemente, para propiciar um cenário de paz nas relações internacionais (BEDIN, 2001, p. 257).

Depreende-se, então, que o sistema de equilíbrio “constitui-se em um fator de estabilidade das relações internacionais na comunidade de nações soberanas e, por isso, é visto como um elemento central para construção de um cenário de paz em uma ordem internacional” (MORGENTHAU, 1986, p. 43). Dito de outra forma, o sistema de equilíbrio é um instrumento para garantir um cenário de paz e de estabilidade nas relações internacionais por meio da distribuição equitativa do poder entre os Estados soberanos.

Considerações finais

Analisaram-se, nos itens anteriores, o surgimento e a consolidação do Estado Moderno como uma unidade política soberana e independente e, sobretudo, como o principal ator da sociedade internacional. A partir da Paz de Vestfália surge, então, a sociedade internacional tipificada como anárquica em função da ausência de um poder supranacional ou de um poder centralizado acima dos Estados.

Desta forma, os Tratados de Vestfália podem ser considerados como um marco fundamental na história do Direito Internacional. Isto porque assinalam o fim dos três fatores principais que dificultavam o desenvolvimento e a afirmação

deste direito: a hegemonia papal, o feudalismo e o império. Ou seja, a supremacia do poder da Igreja e do Império é negada, consagrando-se o reconhecimento de uma comunidade de Estados, considerados iguais, livres e soberanos.

Além disso, talvez mais importante ainda, é a política de luta pelo poder que caracteriza o período pós-tratado de Paz de Vestfália. Na falta de instituições jurídicas supranacionais, os Estados atuam de forma arbitrária e não observam os preceitos internacionais. Cada estado procura criar condições favoráveis para si na aplicação e interpretação do direito internacional.

É evidente que uma ação política e jurídica voltada para a consecução de objetivos particulares de cada Estado faz aflorar relações anárquicas e conflituosas que dizem respeito à luta pelo poder, mas que também trazem consigo a necessária compatibilização do exercício das soberanias dos diversos Estados. O Estado Moderno apoia-se na ideia de um poder soberano e, por isso, a soberania ainda hoje é condição indispensável para assegurar a coesão da sociedade política internacional.

Referências

- ARON, Raymond. *Paz e guerra entre as nações*. Trad. Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: UnB, 1986.
- _____. Que é uma teoria das relações internacionais? In: ARON, Raymond. *Estudos políticos*. Tradução de Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: UNB, 1985.
- BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem judicial justa e solidária*. Ijuí: Unijuí, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*. Para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
- BOSON, Gerson de Brito Mello. *Direito internacional público: o Estado em direito das gentes*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- BRAILLARD, Philippe. *Teoria das relações internacionais*. Trad. J. J. Pereira Gomes e A. Silva Dias. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1990.
- CARR, Edward HALL. *Vinte anos de crise: 1919-1939*. Trad. Luiz Alberto Figueiredo Machado. Brasília: UNB, 1981.
- ETZIONI, Amitai. *Teoria das relações internacionais*. Trad. J. J. Pereira Gomes e A. Silva Dias. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1990.
- FRANCO JUNIOR, Hilário. *A Idade Média: nascimento do ocidente*. São Paulo: Brasiliense, 1999.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã de matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1998.
- HOFFMANN, Stanley. *Teorias contemporâneas sobre las relaciones internacionales*. Madrid: Tecnos, 1979.

HEERS, Jacques. *A Idade Média, uma impostura*. Trad. Antonio Gonçalves. Lisboa: ASA, 1994.

HUME, David. *Ensaio morais, políticos e literários*. Trad. Luciano Trigo. Rio de Janeiro: Topbooks, 2004.

KAPLAN, Norton A.; KATZENBACH, Nicholas de B. *Fundamentos políticos do direito internacional*. Trad. Sigrid Faulhaber Godolphim e Waldir da Costa Godolphim. Rio de Janeiro: Zahar, 1964.

MOREIRA, Adriano. *Teoria das relações internacionais*. Lisboa: Almedina, 1996.

MORGENTHAU, Hans. *Política entre las naciones: la lucha por el poder e la paz*. Tradução de Heber W. Oliveira. 2. ed. Buenos Aires: Grupo Editorial Latinoamericano, 1986.

NARDIN, Terry. *Lei, moralidade e a lei entre os estados*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

OLIVEIRA, Franklin de. Breve panorama medieval. In: LOYN, Henry R. (Org.). *Dicionário da Idade Média*. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

PERNOUD, Régine. *O mito da Idade Média*. Tradução de Maria do Carmo Santos. 2. ed. Lisboa: Europa-América, 1989.

PERRY, Marvin. *Civilização Ocidental: uma introdução concisa*. Trad. Waltensir Dutra e Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

STOESSINGER, John G. *O poder das nações: a política internacional de nosso tempo*. São Paulo: Cultrix, 1978.

THOMPSON, Kenneth W. Tynbee y la teoría de la política internacional. In: HOFFMANN, Stanley. *Teorías contemporáneas sobre las relaciones internacionales*. Madrid: Tecnos, 1979.

TRUYOL Y SERRA, Antonio. *La sociedad internacional*. Madrid: Alianza Universidad, 1998.

VIGNALI, Heber Arbuét. *Lecciones de historia de las relaciones internacionales*. Montevideo: Cultura Universitaria, 1993.

WIGHT, Martin. *A política de poder*. Trad. Carlos Sergio Duarte. Brasília: UNB, 1985.

PARTE GERAL

A CARTA POLÍTICA E O SEU PODER PONENTE A PARTIR DE UMA VISÃO UNIVERSALISTA

THE POLICY LETTER AND ITS SETTING POWER FROM A UNIVERSAL VIEW

.....
Alexandre Coutinho PAGLIARINI

Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa. Doutor e Mestre pela PUC/SP. Conferencista, Advogado.

Resumo

Este texto estuda as possibilidades de exercício do poder constituinte na comunidade internacional. Mas, antes, expõe como era o poder constituinte na realidade do Estado nacional nos tempos modernos. Para concluir pela possibilidade de um poder constituinte supranacional, o texto insere o constitucionalismo na pós-modernidade atual.

Palavras-chave: direito constitucional; direito internacional; poder constituinte nacional; poder constituinte da comunidade internacional; neoconstitucionalismo.

Abstract

This text studies the possibilities of constitutive power exercise in International Community. But, before that, it exposes how constitutive power was considering the reality of national State in modern times. In order to conclude that a supranational constitutive power is possible, the text inserts constitutionalism in the current post-modernity.

Key-words: constitutional law; international law; national constitutive power; constitutive power in the International community; neo constitutionalism.

1 Poder constituinte no estado: significação tradicional e casos de ocorrência

Passaremos a tecer, doravante, algumas considerações sobre o exercício do poder constituinte originário.

Para os positivistas, o poder constituinte é pré-jurídico, quer dizer, é uma manifestação de força ou uma energia social não encontrada no mundo das normas positivadas.

Diferentemente, os adeptos da doutrina jusnaturalista – inaugurada constitucionalmente, quanto ao poder constituinte, pelo abade Sieyès – ensinam que há um direito superior decorrente da própria natureza humana, além do Direito positivo, que precede o próprio Estado, sendo assim o poder constituinte um poder eminentemente jurídico.

O entendimento positivista encontra melhor acolhida na doutrina. Isto porque a norma hipotética fundamental, apesar de propiciar fechamento ao sistema jurídico, não é posta, é pressuposta, ou, como Kelsen desejou em sua derradeira obra *Teoria Geral das Normas* –, uma norma fictícia.¹

O tema poder constituinte foge do alcance da Ciência do Direito porque não podem os cientistas do Direito descrever uma latência social e política (o poder constituinte) com as fórmulas axiológicas usadas na interpretação das normas jurídicas. O que se faz ao estudar ou a descrever o tema é mais ligado às práticas da Filosofia, da Política ou da Sociologia, mas não da Ciência do Direito, já que esta tem por padrão referencial o Direito positivo que, por sua vez, surge com a instituição da Constituição.

Classificamos o poder constituinte como uma latência social e política que se encontra em “stand by” (em espera) para, quando acionada, inserir no ordenamento, pelo lado de fora deste, elementos constitucionais-estruturantes de uma ordem política qualquer.

Celso Ribeiro BASTOS² doutrina que “[...] descabe qualquer indagação a respeito de um poder constituinte, nos lindes da Ciência Positiva do Direito, pois se trata, como vimos, de um conceito metajurídico”. E conclui Bastos: “[...] em vista do que ficou acima exposto, parece certo concluir que o poder constituinte não é um poder jurídico [...]”.

Raul Machado Horta faz interessante análise, colocando face a face os dois tipos de poder constituinte, o originário e o derivado.³ Parte Machado Horta do princípio de que o poder constituinte originário não tem que seguir nenhuma regra de Direito que seja anterior à sua manifestação, neste prisma devendo ser considerado como uma questão de fato, e não de Direito. Por outro lado, o poder constituinte derivado⁴, criado e delimitado pelo próprio poder constituinte originário, deve seguir as regras positivas de Direito inseridas no documento

1 KELSEN, *Teoria geral das normas*, p. VIII.

2 BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 28.

3 Firme-se aqui o entendimento de que poder constituinte derivado é, na realidade, poder constituído, estando, portanto, no ordenamento posto.

4 Sobre o Congresso Nacional brasileiro no exercício da função de reformar a Carta: TAVARES. O Congresso Nacional como poder constituinte. In: FERREIRA, Josué dos Santos (org.). *Os meandros do Congresso Nacional: como interagir e participar das atividades legislativas brasileiras*. Rio de Janeiro: Forense; Brasília: Senado Federal – Câmara dos Deputados, 2001, p. 329-359.

normativo superior, que é a Constituição. Com base nessas premissas, Machado Horta extrai duas conclusões essenciais do pensamento de Carré de Malberg.⁵

O poder constituinte se manifesta de várias formas, mas tem sido sempre inserido numa das duas categorias classicamente aceites pela doutrina: na categoria do poder constituinte originário ou na do poder constituinte derivado.⁶ Contudo, apesar de a doutrina ser rica na descrição das várias formas de manifestação constituinte, entendemo-la, *data venia*, acanhada na denominação dos poderes constituintes caso a caso. Por isso, passamos a classificar as manifestações constituintes com os nossos próprios⁷ neologismos, que se seguem:

1. poder constituinte originário de ruptura internacional: é aquele que se dá na oportunidade da independência de uma nação anteriormente vinculada a um Estado que a englobava em termos de soberania. Como exemplo de tal espécie, podemos citar o primeiro constituinte histórico brasileiro, após a Independência;
2. poder constituinte originário de gênese: é aquele que cria um Estado do nada. Acontecerá, na vida política contemporânea, quando, por exemplo, a nação palestina constituir-se no Estado da Palestina;
3. poder constituinte originário de ruptura interna: ocorre nas ocasiões de tomada revolucionária do poder, com desprezo ao ordenamento jurídico-constitucional posto, impondo-se outro que

5 HORTA. *Direito Constitucional*, p. 29: “Primeira: a Constituição nova não será confeccionada segundo o processo, o modo constituinte e as formas que foram prescritas na Constituição anterior. Entre a Constituição antiga, da qual se fez tábua rasa, e a Constituição nova, que está sendo criada, não há relação jurídica. O que passa a existir entre ambas é o interregno constitucional, uma solução de continuidade, durante a qual o poder constituinte da nação se exprimirá através das pessoas ou corporações que empolgaram o poder. A questão do poder constituinte se coloca nos termos da formação originária do Estado: é uma questão de fato e não de direito. Por isso, o poder constituinte não é tema jurídico. E sendo fato puro e revolucionário, o positivismo jurídico rejeita o seu exame, pois não há espaço na ciência do direito público para um capítulo consagrado à teoria dos golpes de Estado ou das revoluções e de seus efeitos.

Segunda: o jurista deve concentrar-se no estudo de outra forma de poder constituinte, que é a da reforma pacífica, regular, jurídica, da Constituição em vigor. A reforma pode ser mais ou menos extensa, tendo por objetivo a revisão da Constituição, em determinados pontos, ou a ab-rogação e a substituição de uma Constituição por outra. A mudança constitucional, seja ela total ou parcial, se fará de acordo com as regras fixadas pela Constituição, de tal modo que a Constituição nova, quando for o caso da revisão total, nascerá da antiga, sem solução de continuidade. A nação, uma vez exercido o poder constituinte revolucionário e extrajurídico, poderá mudar de Constituição, observando as regras jurídicas da Constituição anterior.”

6 Linhas adiante, faremos severas críticas contra a expressão poder constituinte derivado, que dá uma noção errada de tal força, que classificamos simplesmente como poder reformador.

7 PAGLIARINI. *Constituição e Direito Internacional: cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado*, p. 53.

não se limite pelos ditames daquele que está sendo superado. Exemplo dessa manifestação constituinte foi a Constituição de 1891;

4. poder constituinte originário de nova ordem – previsto pela velha ordem: é aquele que ocorre pacificamente quando uma Assembléia Nacional Constituinte é prevista por um ordenamento jurídico, que se vai fazer ultrapassar pela manifestação constituinte dessa Assembléia Constituinte instituída pela própria velha ordem. Neste caso, a Assembléia criada – dentro do ordenamento jurídico da própria velha ordem – terá amplos poderes para se manifestar de maneira soberana e criar originariamente o novo Estado ou a nova ordem que melhor lhe convier, respeitadas as delimitações procedimentais impostas pela emenda constitucional da velha ordem que a propiciou. Prova da existência histórica desse tipo de manifestação constituinte é a Carta de 1988, cujo poder constituinte foi convocado e regulado pela Emenda Constitucional n. 26, de 17 de novembro de 1985;

5. poder constituinte derivado com data marcada: é o quinquenal, previsto na vigente Constituição portuguesa. Foi o previsto no art. 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT – da Constituição de 1988. Como visto, é sempre limitado, implícita e explicitamente, pelas disposições postas pelo poder constituinte originário na Carta Magna. Equivale a um poder reformador (ou força reformadora);

6. poder constituinte derivado sem data marcada: é a manifestação constituinte instituída, derivada, que tem como exemplo máximo o art. 60 da Carta brasileira em vigor, que trata das emendas constitucionais que venham tramitar perante o Congresso Nacional. Equivale a um poder reformador (ou força reformadora).

Com a classificação supra, encerramos a exposição concentrada acerca da natureza do poder constituinte. Passamos a dissertar sobre os modos pelos quais os países, internamente falando, vêm exercendo os seus poderes constituintes.

A ideia inicial de poder constituinte é revolucionária, traz consigo a expectativa de uma ruptura. Efetivamente, rompe-se com a ordem anterior e insere-se uma outra.

No final do parágrafo passado, falamos no rompimento de uma ordem e na inserção de outra. A ordem rompida não é necessariamente uma ordem constitucional formalizada. Foi isto o que ocorreu na França de 1789. A monarquia não era detentora de uma Carta Política solenemente aprovada, que regia o seu governo e servia como fundamento de validade das demais normas infraconstitucionais. Não havia, na época, Constituição formal. Esta é produto

do constitucionalismo moderno, que passou a positivizar Cartas formalizadas, solenemente, a partir das Constituições dos Estados Unidos da América e da França. De qualquer modo, a primeira Constituição formal francesa, elaborada pelo poder constituinte revolucionário, desestabilizou o antigo regime. Com isso, queremos dizer que esta Constituição francesa promoveu uma superação de sistema: quebrou a ordem absoluta monarquista que a antecedeu.

Poder constituinte, portanto, significa sempre o exercício de uma latência sociopolítica que culminará na quebra da ordem político-jurídica que a nova ou primeira Magna Carta formalizará. Neste sentido, a primeira Constituição histórica francesa, a despeito de não ter revogado nenhuma Carta Política formal antecedente, induziu ao sepultamento do governo dos reis absolutos.

Há poder constituinte em exercício, contudo, fora do contexto revolucionário, continuando tal poder, mesmo assim, com a marca “constituinte”. Isto se dá quando, num Estado já dotado de Constituição e em que não se verifica rebelião ou revolução contra as instituições postas, passa a manifestar-se o poder constituinte pela convocação popular instigada, por exemplo, pelas autoridades previstas no sistema para cumprir tal desiderato (por exemplo, no caso de uma emenda constitucional apresentada pelo presidente da República e aprovada e promulgada pelo Congresso Nacional). Foi exatamente isso o que ocorreu no caso do poder constituinte da Carta de 1988, quando o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional nº 26, tendo esta convocado o eleitorado brasileiro para, nas eleições vindouras para a nova composição do Parlamento bicameral, eleger os novos constituintes, tendo os senadores e deputados eleitos acumulado a função constituinte.⁸

Não há poder constituinte, propriamente dito, naquilo que a doutrina costuma chamar de poder constituinte derivado. Neste, não há a marca inicial indispensável para que o exercício do poder possa ser considerado como primário e livre. Na realidade, o poder constituinte derivado não pode fazer, do zero, uma Constituição. Trata-se, pois, não de poder constituinte, mas de poder constituído, respeitante dos limites postos pelo poder constituinte – propriamente dito, o originário – na Carta. Logo, melhor seria denominar o poder constituinte derivado de poder reformador, simplesmente. Reformador, e só, porque não pode instituir uma nova ordem estatal estruturante de um novo cosmos a partir de uma nova Carta Política; reformador, e só, porque se encontra enquadrado num espectro de limitações criadas e instituídas por aquele que, verdadeiramente na Carta, fixou os espaços em que o poder reformador poderia atuar; reformador, mas às vezes nem isso, porque, dependendo da rigidez escolhida pelo poder constituinte

⁸ Tal acumulação merece a crítica de todos, uma vez que, em tese, poderiam os senadores e deputados eleitos usar a nobreza da manifestação constituinte em causa própria.

originário na Carta Magna, o “poder constituinte derivado” (poder reformador) nem pode atuar.⁹

De qualquer modo, se considerarmos poder constituinte como a “força capaz de inserir no ordenamento norma constitucional”, então poderemos aceitar o poder reformador como poder constituinte. Mas não o fazemos por causa do problema semântico: constituir é sinônimo de instituir.

Constituir¹⁰, instituir: expressões que dão uma ideia de originalidade ou capacidade de instituir. Tal característica não reside na representação daquilo que pode fazer o poder reformador. O poder constituinte originário, ele sim, não só pode mudar as atuais cláusulas pétreas da Constituição Brasileira, como também pode rasgar o atual ordenamento constitucional, inserindo no sistema um outro completamente diferente – desde que respeitados os compromissos internacionais do país e os *jus cogens*. Por esta razão, fica aqui expressa a rejeição ao acerto da expressão poder constituinte derivado. Melhor chamá-lo de poder reformador, unicamente. Todavia, considerando que mesmo a melhor doutrina, talvez por motivos didáticos, utilize-se da expressão poder constituinte derivado, não há óbice em sua utilização, uma vez que ela já se tornou de conhecimento público nas faculdades e nos livros de Direito.

Tema instigante, que decorre da ideia de capacidade reformadora da Carta, é o da rigidez constitucional.

Primeiro, fixe-se que o poder reformador se encontra limitado pelas disposições escolhidas pelo verdadeiro poder constituinte (o originário) e constantes na Carta. Assim, só poderá atuar o poder reformador dentro dos quadros de limitação escolhidos pelo constituinte originário. Acontece que, geralmente, o exercício do poder reformador tramita de um modo mais difícil que aquele referente à reforma das normas infraconstitucionais. Constituição que assim disponha é Carta rígida.

Correlaciona-se também o tema rigidez constitucional com o prévio exercício do poder constituinte originário que, prevendo o processo pelo qual se modificará o Texto Magno posto, estabelece um critério diferenciado para que se possa efetivar tal reforma. Esclarecemos que o critério diferenciado de modificação é, no caso das Constituições rígidas, mais dificultoso do que aquele utilizado pelo poder reformador – geralmente o Parlamento – para a modificação da legislação ordinária. Assim, a doutrina francesa insiste que a previsão de um procedimento especial para a modificação da Carta é o que caracteriza uma Constituição como

⁹ A atual Constituição brasileira é exemplo disso quando, no parágrafo 4º do artigo 60, fixa um núcleo imutável, que se refere à forma federativa, ao voto, aos direitos fundamentais e à separação dos poderes.

¹⁰ Kant empregou o termo constitutivo para designar o que condiciona a realidade dos objetos fenomênicos. In: ABBAGNANO. *Dicionário de Filosofia*, p. 197.

rígida, anotando Bernard Chantebout¹¹ que “*Lorsqu’une telle procédure spéciale est prévue, on dit que la Constitution est rigide*”.

Konrad Hesse¹², com muita propriedade, correlaciona rigidez com mobilidade da Constituição, uma vez que esta une abertura e amplitude da normalização jurídica com determinação obrigatória. Com isso, Konrad Hesse considera imprescindível que haja uma polaridade entre o caráter determinativo-obrigatório da Carta e a indispensável abertura da mesma, sendo imprescindível uma coordenação entre os elementos rigidez e mobilidade. Partindo da tarefa de interpretar a Constituição, Hesse entende necessário verificar a coexistência de rigidez e mobilidade, ou seja, da abertura e da amplitude em face da rigidez, uma vez que as determinações obrigatórias, vistas isoladamente, poderiam levar à estagnação da vida em coletividade, pois o persistente não deve converter-se em impedimento onde movimento e progresso estão dados, senão o desenvolvimento passa por cima da normalização jurídica. O movente não deve abolir o efeito estabilizador das fixações obrigatórias, senão a tarefa da ordem fundamental jurídica da coletividade permanecerá invencível.

Konrad Hesse conseguiu, com rara exatidão, juntar conceitos contrários, como rigidez e mobilidade, estabelecendo assim a possibilidade de se manter a Carta no topo de um ordenamento jurídico nacional, sem todavia, estancar-lhe a possibilidade de modificação que propiciará à mesma o acompanhamento das mudanças sociais e a constante respeitabilidade de sua força normativa, pois, temperando-se rigidez e mobilidade, a Constituição, sem sair de seu posto mais alto, torna-se capaz de acompanhar as contingências históricas do Estado e do povo que ela quer reger. Pela temperança da rigidez com a mobilidade foi possível que as Constituições passassem a ser modificáveis, superando-se, destarte, o dogma da absoluta imutabilidade constitucional. Por isso, consideramos lapidar o entendimento de Hesse quando, ao colocar de mãos dadas rigidez e mobilidade, afirma que a Constituição deve caracterizar-se, quanto à sua modificabilidade, por “[...] aquela elasticidade relativa e aquela estabilidade relativa [...]” e completamos, nós, que esta conclusão pode ser aplicada ao constitucionalismo pós-nacional, que temperando elasticidade com estabilidade não mais cabe nos quadrantes do Estado nacional moderno.

Devemos ressaltar o seguinte: só podemos falar em rigidez constitucional quando se trata de Constituição formal, não cabendo comentários neste sentido ao dissertarmos acerca de Constituição material (ou costumeira), sendo o que depreendemos do ensinamento de Georges Burdeau quando leciona que “*Cette qualité de la constitution formelle est appelée ‘rigidité’*”. E continuando com

11 CHANTELOUT, *Droit Constitutionnel et Science Politique*, p. 41.

12 HESSE, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 45 e 47.

Burdeau¹³, o fundamento da rigidez é a separação do poder constituinte e dos poderes constituídos, ganhando expressão tal rigidez quando é determinada a distinção entre poder constituinte originário e poder reformador. Com aguda perceptividade, Burdeau diz, inclusive, que não é só pelo processo de revisão que se pode transformar a Constituição formal, mas também pelo processo de interpretação que se dá em sua aplicação.

Historicamente, o termo rigidez levava à compreensão de que a Constituição era imutável. Isto é doutrina ultrapassada, *data venia*, e prova disto é que a Itália já foi regradada pelo chamado Estatuto Albertino, que era a Constituição do Reino da Itália, cujas disposições eram modificáveis por intermédio de leis ordinárias posteriores (*lex posterior derogat priori*). Portanto, o entendimento que devemos ter do termo rigidez mereceu reparação de todas as ordens constitucionais ocidentais e da doutrina, e devemos entender por Constituição rígida simplesmente que a Carta, apesar de ocupar o mais alto posto do ordenamento local, não é documento inteiramente imodificável, mas que simplesmente impõe, para que se efetive a mudança, um processo especial cujo trâmite legislativo é mais árduo do que aquele da modificação da legislação ordinária.

Interessante notar que a Constituição do Império do Brasil, de 1824, constituiu-se em documento *sui generis* em nossa história constitucional, isto porque parte de seu texto podia ser modificada pelo exercício do processo legislativo comum, ou ordinário, o que autoriza a doutrina a classificar tal parte de flexível, coexistindo tal bloco flexível com outro que, por sua vez, só podia ter suas disposições modificadas mediante o exercício do processo especial mais dificultoso, sendo este bloco o que podemos entender por rígido. Isso levou a Constituição de 1824 a ser chamada, quanto à sua estabilidade, de Constituição semi-rígida, ou semiflexível.

Decorre da rigidez constitucional a necessidade de evitar que normas do ordenamento infraconstitucional disponham contrariamente ao que preveem as normas da Carta Magna, dando-se assim azo para que exista, no território regido por esta Constituição, o controle da constitucionalidade.

Sendo a rigidez uma característica que só pode existir numa Constituição escrita, formalizada, e considerando que não podemos confundir o poder constituinte originário, que é inicial e não jurídico, com o poder reformador, que é constituído e pertence ao mundo do Direito posto, mister é que seja controlada, por intermédio de órgãos próprios e também constituídos, a pertinência de todo o ordenamento com os dizeres da Carta Magna. Se, por um acaso, uma dada Constituição for flexível – como o Estatuto Albertino e parte da Carta brasileira de 1824 –, isso implica aceitar que o procedimento ordinário de modificação pode alterar a Constituição; logo, em casos assim, não é detectada a rigidez do

13 BURDEAU, *Droit Constitutionnel*, p. 48-49 e 51. (Tradução nossa)

Texto Magno e, outrossim, torna-se supérflua a existência de órgão instituído, cuja função seja o controle da constitucionalidade, nem se podendo, destarte, falar em normas infraconstitucionais, pois todas no ordenamento teriam a mesma estatura que a norma posta por lei ordinária. Disso é possível lançar uma dúvida: se é verdade que uma Constituição formal, cujo processo modificatório é mais dificultoso que o da legislação ordinária, deve, por isso, ser considerada como ocupante do topo do sistema (supremacia), é também verdadeiro que uma Constituição Européia (ou Tratado Constitucional Europeu) se postaria no topo do ordenamento comunitário e se sobreporia às Constituições locais, sendo, outrossim, verdadeiro, que será necessário um controle de constitucionalidade para proteger as disposições da Carta comunitária? A resposta é: sim!

Nos termos da atual Carta Magna brasileira (art. 60) exerce-se o poder reformador somente por emendas constitucionais, com um grau de tramitação mais dificultoso do que aquele referente à tramitação das leis ordinárias e complementares. Por isso, a atual Magna Carta brasileira é rígida. Já não se encontra mais disponível no arcabouço constitucional do Brasil o processo de revisão constitucional do artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que assim prescrevia: “A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.”

O poder constituinte (originário), já dissemos, insere no ordenamento uma Carta, do zero. Ele próprio, entretanto, reside fora do ordenamento; daí a sua natureza não positiva. As disposições constitucionais acerca do processo de revisão das Cartas são constantes nelas próprias, o que quer dizer que são produtos da atuação do poder constituinte originário. No caso de este haver determinado que o processo de modificação da Lei Maior é mais intrincado do que o de modificação das leis ordinárias e complementares, teremos rigidez constitucional. Em consequência disso, estará a Constituição situada num degrau acima no desenho da pirâmide normativa: isto se chama supremacia e ela só se detecta no caso de o poder constituinte originário haver previsto que é mais difícil modificar a Constituição do que aprovar uma lei ordinária ou complementar ou modificar tais espécies (infra)constitucionais. Só se justifica o uso da expressão Lei Maior neste caso, ao dizer que a expressão Lei Maior é sinônimo de Constituição rígida e marcada pela supremacia. Consequentemente, uma Constituição não escrita, posta por um poder constituinte em constante latência, mas que não se decidiu pela formalização de uma Carta, não pode ser, pelo menos formalmente, considerada como detentora da qualidade da supremacia. É o caso da famosa Constituição

britânica¹⁴ que, não por isso, deixa de ser um monumento cultural¹⁵ daquele povo¹⁶ e um exemplo para os mundos da *common law* e também da *civil law*.

Falar de supremacia da Constituição é o mesmo que dizer que as normas da Carta são hierarquicamente superiores a todas as outras dentro do mesmo ordenamento jurídico apresentado, sendo, destarte, a supremacia – ou a hierarquia superior da Constituição – assunto inserível num texto que tem a pretensão de falar também sobre rigidez constitucional, uma vez que a referida supremacia só se identifica em Constituições que, quanto à estabilidade, mostrem-se rígidas. Tal entendimento é inerente à própria tradição ocidental advinda do constitucionalismo, razão pela qual as doutrinas dos importantes sistemas jurídicos ocidentais se mostram uníssonas na consideração de que só se garantirá supremacia à Carta se ela dispuser, em seu texto, acerca da maior dificuldade de se mudar disposições constitucionais. Vejamos a opinião de Jacques Baguenard¹⁷: “*La suprématie constitutionnelle n'existe que dans des systèmes de constitution rigides [...]*”.

Para Canotilho¹⁸, três fatores justificam a supremacia da Carta em relação às outras unidades normativas do sistema: (i) autoprímazia normativa; (ii) as

14 CARVALHO, *O mecanismo do governo britânico*, p. 27-28: “O critério para classificar uma constituição de rígida ou de flexível gira em torno do processo adotado para emendá-la. São rígidas aquelas que cercam de dificuldades a emenda ou revisão do texto. Em regra, rigidez está ligada à ideia de que existe um texto constitucional pensado como uma unidade. São chamadas de flexíveis aquelas constituições em que o processo de elaboração da lei constitucional é semelhante ao processo de elaboração das outras leis, não havendo, portanto, distinção entre lei constitucional e lei ordinária. É o caso da Grã-Bretanha, que tem a única constituição flexível em funcionamento no mundo civilizado atualmente.” Ver também: JENNINGS. *A Constituição Britânica*.

15 CARVALHO, Op. cit., p. 17: “Os britânicos começaram a elaborar a sua constituição há centenas de anos e deixaram cada texto componente dela separado dos outros por séculos de distância. Além disso, construíram uma obra fragmentária, esparsa em numerosos documentos de valor e origem desiguais, que ninguém pensou em codificar.”

16 Ao comentar a respeito da perenidade constitucional existente no Reino Unido, exaltando sua grandeza, afirma Orlando Magalhães Carvalho que “[...] a constituição não controla os britânicos, mas os britânicos é que controlam a constituição.” In: CARVALHO, Op. cit., p. 17

17 BAGUENARD, *La Constitution*, p. 42.

18 CANOTILHO, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, p. 1112: “A constituição é uma lei dotada de características especiais. Tem um brilho autónomo expresso através da forma, do procedimento de criação e da posição hierárquica das suas normas. Estes elementos permitem distingui-la de outros actos com valor legislativo presentes na ordem jurídica. Em primeiro lugar, caracteriza-se pela sua posição hierárquico-normativa superior relativamente às outras normas do ordenamento jurídico. Ressalvando algumas particularidades do direito comunitário, a superioridade hierárquico-normativa apresenta três expressões: (1) as normas constitucionais constituem uma *lex superior* que recolhe o fundamento de validade em si própria (autoprímazia normativa); (2) as normas da constituição são normas de normas (*normae normarum*) afirmando-se como uma fonte de produção jurídica de outras normas (leis, regulamentos, estatutos); (3) a superioridade

normas da Constituição são normas de normas; (iii) os poderes públicos a elas estão submetidos.

Destarte, a supremacia da Carta Magna induz à seguinte verdade: por serem rígidas, as normas constitucionais ocupam posição hierárquica superior quando comparadas às demais partículas deônticas do ordenamento jurídico posto. Com as palavras de José Alfredo de Oliveira Baracho¹⁹, constantes na nota infra, voltamos a falar sobre o que já deve ter-se firmado como dogma da modernidade constitucional: a verdade de que não há disposição linear, horizontal, entre as normas, pois elas se escalonam em pirâmides de importância; e, nesta pirâmide, ocupa a Carta Política o ápice do ordenamento posto de um Estado soberano.

Poder constituinte, Constituição, rigidez e supremacia: temas que se correlacionam, do primeiro em diante, cujas significações modernas são as que se referem a um-só povo, a uma-só força sociopolítica incidente sobre um-só território, para positivar um-só ordenamento de um-só país.

Poder constituinte na união europeia: uma significação pós-moderna

No contexto da União Europeia (UE) não é novo o tema “Constituição Comunitária”. Entretanto, nunca se chegou tão perto de aprovar, via tratado internacional, uma Carta para a Europa. Após os não da França e da Holanda à Constituição Europeia, adveio o Tratado de Lisboa que, assinado na capital lusitana, já encontrou o não do Eire. Apesar dos não aqui relatados, o constitucionalismo supranacional europeu continua em voga como prova máxima de um neoconstitucionalismo evidente.

Há obras²⁰ extremamente críticas quanto ao momento europeu, opinando no sentido de não ser possível o exercício de um poder constituinte supranacional.²¹

normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes públicos com a Constituição.” (Grifos do autor)

19 BARACHO, *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*, p. 80: “A primazia da Constituição nos ordenamentos jurídicos, aliada à ordenação do sistema de fontes e ao princípio da hierarquia normativa, dá ao texto fundamental, como *normae normarum*, grande projecção na instrumentalização jurídica da sociedade. Como norma jurídica básica, a aplicação imediata e direta dos princípios constitucionais constitui não apenas um mandato genérico ao legislador ordinário, que deverá incorporar os princípios constitucionais ao direito positivo ordinário. Está o legislador obrigado a adequar-se ao ordenamento e aos princípios da Constituição. A Constituição é norma suprema e não apenas declaração programática, que pode ser incorretamente interpretada.”

20 CARRASCO, *Constitución Europea: un concepto prematuro. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el concepto de Carta Constitucional básica*. CUNHA, Paulo de Pitta e. *A Constituição Europeia*. Um olhar crítico sobre o projecto, 8.

21 CANOTILHO aceitando a estruturação de uma comunidade política fora dos moldes clássicos – uma vez que é a favor da Constituição Europeia –, pugna pela existência de uma “internacional

As opiniões nelas constantes, bastante contundentes e bem feitas, marcam-se, contudo, pelo que pedimos vênia para chamar de “equivoco óptico”: leem um novo momento constitucional com os olhos de um antigo momento constitucional.

Por outro lado, há vasta doutrina estrangeira²² contrária à do parágrafo anterior, que propugna pela possibilidade de um poder constituinte supranacional no caso europeu, de um poder constituinte referente aos povos da comunidade.

Sobre o novo poder constituinte, Maurício Andreiuolo Rodrigues publicou²³ notáveis ideias. Já a respeito da Constituição Européia, como Projeto Valéry Giscard d’Estaing, só existem, pelo que sabemos, duas obras específicas publicadas no Brasil: uma, de nossa autoria; a outra, organizada por José Ribas Vieira²⁴, ambas defensoras da constitucionalização supranacional na Europa e, portanto, leitoras da pós-modernidade com os olhos da pós-modernidade.

Nos moldes tradicionais, um poder constituinte é tido como uma latência responsável pela feitura de uma Constituição, incidente sobre um povo, um território e uma soberania. Estas são as conclusões do constitucionalismo clássico. E não podiam ser diferentes tais conclusões, uma vez que o constitucionalismo moderno é o movimento representativo do Estado-nação que teve o delineamento de seus contornos impulsionados pela Revolução Francesa. Nesta esteira, tecem-se críticas segundo as quais:

1. o poder constituinte não poderia ser exercido por meio de tratado internacional;
2. 27 povos não poderiam produzir um poder em latência, um poder constituinte supranacional, pois o poder constituinte só pode ser alavancado por um povo para estruturar um-só Estado e nele positivar uma-só Constituição.

Ao contrário das coisas físicas e visíveis, o poder constituinte não é físico nem visível. É uma abstração desenvolvida por Sieyès e outros depois dele.

community’ como rede constituinte”. Palestra proferida no Teatro Guaíra, em Curitiba, no dia 4/10/2004, sobre a temática “Constitucionalismos e Globalização”, no VI Simpósio Nacional de Direito Constitucional, organizado pela Academia Brasileira de Direito Constitucional.

22Em notas passadas e no decorrer deste texto científico, já elencamos (e continuaremos a fazê-lo) dezenas de livros, artigos e ensaios a favor de um Direito Constitucional europeu e, consequentemente, de um poder constituinte supranacional e de uma Constituição para a Europa.

23 RODRIGUES, *Poder constituinte supranacional: esse novo personagem*, p. 183.

24 PAGLIARINI, A.C. *A Constituição européia como signo: da superação dos dogmas do Estado nacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. VIEIRA (org.). *A Constituição Européia: o projeto de uma nova teoria constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Também são abstrações a soberania e o próprio Estado moderno; trata-se de objetos culturais.

Uma coisa se liga à outra. O poder constituinte implica a feitura de uma Constituição; uma Constituição implica a estruturação de uma comunidade política e a proclamação de Direitos Fundamentais; a soberania implica a crença do Estado delimitado territorialmente, com um governo superior e ordens respeitadas e/ou a serem respeitadas, o que, por sua vez, implica o Estado-nação da modernidade.

As implicações acima, todas elas, decorrem de abstrações, pois fisicamente não são tácteis, nem o poder constituinte, nem o Estado e muito menos a soberania. Trata-se de criações da inteligência humana que deram vazão à instituição e à manutenção do Estado moderno. Entretanto, mesmo nas coisas referentes às verdades modernas tem havido distorções, e ainda assim a doutrina constitucionalista clássica aceita inovações que, na realidade, não decorrem do criativo processo de interpretação, mas de “favores axiológicos” para justificar atitudes inconstitucionais dos donos do poder, verificando-se, então, aquilo que Andreuolo Rodrigues chama de “jeitinho constitucional”. Já que é assim, “jeitinho por jeitinho”, nada impediria que se desse um “jeitinho” para aceitar o poder constituinte europeu como verdadeiro poder constituinte, e a Constituição Européia (ou tratado constitucional) como verdadeira Constituição. Todavia, com o perdão pelo tom jocoso, a Carta Magna para a Europa não é, em hipótese alguma um caso de “jeitinho”.

É a futura Constituição Européia um ícone representativo da nova verdade histórica: a supranacional. Neste prisma, a Carta Magna européia é uma necessidade intransponível que os tempos impuseram às comunidades de países que se juntaram naquele continente, na formação desta diferente espécie constitucional chamada União Européia. Ademais, sem favores e sem “jeitinhos”: se é indiscutível a existência de um substrato constitucional na Europa, então é possível uma Carta para o Velho Continente. E se é verdade que a UM pode se dotar de Constituição, então é também verdadeiro que nada impede o exercício de um poder constituinte supranacional.

A Constituição Européia e o seu poder constituinte não são “jeitinhos”. Baseiam-se em princípios, valores e verdades já retratados no presente texto.

Devido às necessidades dos tempos modernos para que se desse impulso à derrubada do Absolutismo, as verdades do poder constituinte originário, da soberania e do Estado moderno foram pensadas: “eureka!” Agora, para as verdades deste novo tempo pós-moderno, não são mais suficientes aquelas “velhas verdades” do constitucionalismo moderno. É como desejar inserir um motor de Ferrari, último tipo, numa carcaça de Fusca-68, ou seja: “missão impossível!”

Ciência se faz com a descrição de elementos existentes, todos eles girando em torno de um fator aglutinante que verdadeiramente justifique uma tese a ser defendida. Deste modo, ciência se fez, e muito bem, quando se identificaram os elementos que seriam os responsáveis pela construção do Estado moderno. Considerando este como uma parede, foram seus tijolos aqueles “ismos”: racionalismo, liberalismo, individualismo e constitucionalismo. Hoje, para a UM, os “ismos” são outros: constitucionalismo no pós-modernismo, supranacionalismo, cosmopolitanismo, solidarismo²⁵ e multilateralismo. Portanto, para sustentar todos estes “ismos” pós-modernos, o poder constituinte clássico de Sieyès não pode dar conta, razão por que também fazem ciência aqueles que descrevem um novo sistema, conforme os seus novos elementos constituintes, todos girando em torno de uma debutante justificativa final e aglutinadora, a Constituição supranacional que, no caso europeu, será a Constituição Européia ou um tratado constitucional que a ela minimamente equivalha.

O poder constituinte da modernidade foi o responsável pela positivação da Constituição moderna. Suas bases se assentam nas verdades do modernismo constitucional. Perguntamos: qual é a verdade para o poder constituinte europeu? Em qual poder constituinte se assentaria a Constituição Européia? Em resposta, tenha-se que a Carta para a Europa será induzida por um inédito poder constituinte que, por incidir sobre 27 Constituições e 27 Estados, representa uma inovadora forma anômala de introdução de Constituição. Mas que tal forma,

25 Solidarismo que inclui defesa dos direitos humanos, em geral, e tolerância religiosa, em particular, razão pela qual é de se afirmar que, apesar das profundas e positivas raízes judaico-cristãs da Europa, a Turquia não deve ter seu ingresso à UE rejeitado por conta do islamismo, mesmo porque não se há de esquecer que a Turquia abriga a cidade de Istambul, antiga capital do Império Romano, chamada, à época, Constantinopla. Pelo que consta nos noticiários e nos comentários, o que mais tem importado aos turcos é a defesa das instituições democráticas em seu território e o resguardo dos direitos humanos, uma vez que eles já se inseriram, economicamente falando, no modelo de Estado liberal e de tolerância religiosa. Não é paradoxal o fato de aceitarmos a Turquia numa UE de raízes judaico-cristãs pois tal diferença é posta de lado por um outro valor eminentemente europeu: o do Estado laico. Sim, dentre os valores mais caros que os europeus conseguiram preservar e que, de certa forma, faz parte do cenário comunitário e dos próprios tratados constitucionais ultimamente comentados, está o do Estado laico, característica esta que na Europa ocidental, desde a superação das chagas do Holocausto, propiciou um espectro mínimo de tolerância e respeito às minorias. Outra correlação importante é a de que, na Europa, o campo foi propício para que a crença do Estado laico e liberal se fundissem graças ao legado judaico-cristão que no Velho Mundo deixou marcas mais profundas do que em qualquer outro lugar; para Habermas, todas as religiões, em todos os lugares, deveriam se apropriar das bases normativas do Estado liberal, como foi feito na Europa, a fim de que se crie espaço para tolerância e se dê início à consagração de um contexto histórico de aceitação e convivência pacífica em vista das diferenças religiosas. Maiores detalhes das palavras do filósofo alemão In: HABERMAS. *Religious tolerance: the pacemaker for cultural rights*. Cambridge: Royal Institute of Philosophy Annual Lecture, p. 12.

apesar de anômala, pode introduzir uma nova Constituição incidente sobre 27 ordenamentos tradicionais, como os europeus, disso não temos dúvida, uma vez que, se é verdade que uma Constituição serve para estruturar uma comunidade política e proclamar os Direitos Fundamentais, então nada impede que uma Constituição incida sobre uma comunidade política constituída por 27 territórios e estructure a UM proclamando conjuntamente os Direitos Fundamentais da União Européia. É justamente esta a pretensão do Tratado Constitucional para a UM: a de beneficiá-la e de nela garantir os Direitos Fundamentais, razão por que a própria Carta de Direitos Fundamentais da União Européia esta sendo acoplada ao Tratado Constitucional.

Façamos o papel de “advogado do diabo” e desenvolvamos a autocrítica através de questionamentos que podem vir a ser objeto de dúvida. Nesta proposta, crítica 1: “O poder constituinte não pode ser exercido por meio de tratado internacional”; crítica 2: “27 povos não poderiam produzir um poder em latência, um poder constituinte supranacional, pois o poder constituinte só pode ser alavancado por um povo para estruturar um-só Estado e nele positivar uma-só Constituição”.

Acima, vemos autocríticas contra o poder constituinte para a feitura da Constituição Européia. Para defini-las, a história, o DIP e o Direito Comunitário serão panos de fundo nos próximos parágrafos.

3. O tratado interncional como veículo introdutor de norma constitucional

As comunidades que foram formando-se até chegarem à UM só se tornaram possíveis pelas disposições que os países inseriram nos tratados internacionais. E deles os povos tiveram ciência. Neles se espelham os consentimentos²⁶ dos Estados para a formação do bloco. Os tratados internacionais foram as únicas vias para a comunitarização, uma vez que têm sido eles os instrumentos por meio dos quais os Estados manifestam os seus consentimentos. O DIP não tem oferecido nenhuma outra forma de negociação e de criação de norma internacional; muito menos o Direito Constitucional, quando visto através de lentes clássicas que provocam “equívocos ópticos”. Se uma norma é internacional é porque ela decorre de tratado, do costume, de princípios gerais e de decisões, mas principalmente do pacto internacional – nos dias atuais, verdade esta ainda mais relevante no caso da UM. Como superariam os Estados europeus as suas diferenças para criar as Comunidades? Só pelo tratado. Como se daria a instituição de um Direito supranacional, válido para todos os países europeus que foram juntando-se e

26 O consentimento dos Estados é a base para que se considerem obrigados no DIP.

formando o bloco? Só pelo tratado. Como poderiam os Estados-membros da UM aceitar a jurisdição da CJCE (ou Tribunal de Justiça Europeu) e submeter os seus próprios ordenamentos aos regulamentos e diretivas? Só pelo tratado. Mesmo assim, em muitas ocasiões e em vários países, os tratados foram submetidos a parlamentos e referendos, fora o fato de terem sido postos em prática no cotidiano da vida de cada um dos cidadãos dos países do bloco. Três conclusões:

- (i) o tratado internacional foi o instrumento que deu impulso à construção da UM e do Direito Comunitário;
- (ii) nos Estados-membros da UM, em momentos distintos, mas por diversas vezes, houve consulta popular direta ou indireta;
- (iii) os europeus são minimamente cultos e bem informados, disto se podendo inferir que a comunitarização faz o gosto dos povos daquele espaço geográfico, uma vez que não se opuseram fortemente a nenhuma medida, decisão ou norma comunitária de impacto.

Dessas três conclusões, só podemos abstrair que é desprovida de fundamento a crítica de que o povo pouco participou das decisões na UM. Tal crítica é verdadeira se considerarmos que não existe uma política europeia representativa, na qual estejam presentes partidos políticos europeus.

Mas a mesma crítica não terá fundamento e não poderá ser confirmada como verdadeira se considerarmos que, para um projeto comunitário, o instrumento deve ser necessariamente o DIP, sabendo que do DIP cuidam os governos. Mas ainda assim, mesmo sendo o DIP um instrumento normativo dos governos, na UM foi diferente, pois foi criado um verdadeiro Direito Comunitário que propiciou uma espécie de representação indireta dos povos dos Estados-membros na figura institucional do Parlamento Europeu, não se devendo esquecer, tampouco, que o Conselho Europeu, órgão de cúpula política da UM, é formado também por chefes de governo eleitos pelos povos europeus.

Um tratado internacional pode inserir num sistema nacional norma de estatura constitucional, e para uma realidade supranacional, até mesmo uma Constituição inteira. No caso de Estados vistos isoladamente, um pacto pode inserir norma constitucional quando dispuser sobre Direitos Humanos. Na Holanda, nem mesmo é necessário que o pacto seja de Direitos Humanos para que este mude a Carta. Os tratados internacionais de direitos humanos inauguraram um novo paradigma para a pós-modernidade: o da supranacionalidade, o que tem afetado fortemente as ordens constitucionais nacionais.

4. Estado global ou mundo sem Estado

Mais uma concepção que poderíamos desenvolver acerca de um poder constituinte europeu (ou mundial) seria a seguinte: a Constituição moderna é fruto

produzido pelo poder constituinte originário, que é um dogma da modernidade. Tudo isto leva ao Estado moderno, que talvez seja necessariamente um Estado nacional. Não sendo a UM um Estado nacional (raciocínio este que vale para a Comunidade Internacional, como um todo), e sem parecer que tem a pretensão de sê-lo, trata-se então, na realidade, da EU e da própria Comunidade Mundial, de comunidades políticas em que se percebe o domínio das instituições comunitárias, das Organizações Internacionais, dos governos, das sociedades civis, de ONGs, da imprensa, dos sindicatos, dos poderes estatais clássicos, da comunidade que acessa a rede mundial de computadores, etc. Não seria, então, a comunidade europeia um Estado, muito menos a Comunidade Internacional; logo, não necessitariam de um poder constituinte originário, pois esta foi uma abstração criada exclusivamente para dar conta da chegada da burguesia ao poder, com a Constituição e o Estado modernos. Portanto, no caso a União Europeia, ainda seria ela uma entidade marcada pela supranacionalidade e em que não se encontram os mesmos pressupostos integrantes e justificadores do Estado nacional. Por isso, a UM seria uma espécie de projeto de Estado global, partido de uma realidade regional e a ela aplicável. Esta tese é absolutamente aceitável à medida que defende que a UM tem pressupostos próprios que não se enquadram na discussão sobre modelos de federação, de confederação.²⁷

27 CANOTILHO, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, p. 1.324-1.325: “Isto implica a análise do que chamamos reducionismo teórico. Não existe na Comunidade Europeia qualquer poder para legitimar a sua existência como ordem jurídica e para alterar ou alargar o seu âmbito de competências. É nisto que consiste a competência da competência. Compreende-se, por isso, que a ‘comunidade jurídica dos povos dos estados integrados na União Europeia’ não possa dispor quer da estatalidade quer da ordem constitucional dos estados-membros. Se é admissível um direito constitucional europeu já não o é um direito do estado europeu. Um poder de estado europeu neutralizaria o carácter supranacional da comunidade a favor de uma construção federal substancialmente revisora da ‘forma estadual’. Mas, por outro lado, o estado constitucional nacional tornou-se, no contexto da União Europeia, um estado constitucional cooperativo que, sem deixar de observar os padrões básicos do estado constitucional (soberania popular, divisão de poderes, garantia de direitos, primazia da constituição, superioridade da lei do parlamento), passou a incorporar competências normativas europeias. Embora a Comunidade não disponha da competência das competências, ela possui, por força dos actos convencionais e do acto global de supranacionalidade, do poder normativo de editar actos jurídicos dotados de eficácia imediata e vinculatividade igual à unitária nos países membros da Comunidade. [...] A complexidade política e jurídica criada pela comunidade jurídica dos povos dos estados integrados na União Europeia lança novos desafios à teoria da constituição. Esta terá agora de teorizar a ‘arte da forma supranacional’ e de fornecer suportes dogmáticos para a compreensão de uma nova ordem jurídica: (1) que cria direitos de aplicação preferente relativamente ao direito dos estados-membros e cujos destinatários (sujeitos de direito) são não apenas os estados mas também os cidadãos europeus; (2) que possui órgãos e poderes de decisão supranacionais (‘supranacionalismo decisório’); (3) que densifica o princípio constitucional comunitário da integração supranacional sem deixar de observar os princípios de estatalidade ou existência dos membros, da autonomia constitucional nacional e da identidade nacional dos membros europeus; (4) que articula a supranacionalidade normativa e decisória com a observância do princípio de atribuição específica de competências

Talvez a expressão Estado global implique noutra mais radical: a de mundo sem Estado ou, ainda, a de um mundo em que o Direito das Relações Internacionais seria o elemento de validade de todas as outras ordens normativas.²⁸

Aqui damos fim ao presente trabalho, opinando no sentido de ser possível a positivação de uma Constituição para a União Europeia e de uma Constituição para o Mundo, afirmação esta que traz consigo a consequência de aceitarmos que se exerça um poder constituinte europeu e de um poder constituinte supranacional mundial – neste caso a partir dos *jus cogens* representados pelos Direitos Humanos Fundamentais.

Referências

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Alfredo Bosi & Ivone Castilho Benedetti. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

(e não de uma transferência global de competências dos estados para a ‘União’); (5) que está vinculada a princípios jurídico-materiais e a princípios de competência como os princípios jurídicos gerais incorporados em direitos fundamentais comuns aos estados membros, o princípio da subsidiariedade e o princípio da coesão social.”

28 KELSEN. La naissance de l’État et la formation de sa nationalité: les principes; leur application au cas de la Tchécoslovaquie. In: LEBEN. *Hans Kelsen: écrits français de Droit International*, p. 27: “[...] l’État doit être considéré comme une communauté juridique comprise avec d’autres États dans une communauté juridique suprême. Et l’ordre juridique capable de constater cette communauté juridique suprême ne peut être que le droit international”. E Hans Kelsen também em: _____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 547-548: “Uma vez que as ordens jurídicas nacionais derivam a sua validade do Direito Internacional, elas devem ser consideradas inferiores à ordem jurídica do Estado que é pressuposto como soberano em primeiro lugar e que, portanto, é o único que pode ser pressuposto como tal. Essa ordem jurídica, através da mediação do Direito Internacional, que faz parte dela, abrange todas as outras ordens jurídicas nacionais ‘delegadas’ pela ordem jurídica internacional. Essas outras ordens jurídicas nacionais são, segundo o Direito Internacional, válidas exclusivamente para as suas esferas territoriais e pessoais específicas, e podem ser criadas e modificadas em conformidade com as suas próprias constituições. Mas o Direito Internacional, que garante aos outros Estados essa soberania relativa, tem – do ponto de vista dessa interpretação – o seu fundamento de validade na ordem jurídica nacional da qual procede a interpretação. Apenas essa ordem jurídica nacional que, no que diz respeito ao fundamento de validade, e não ao conteúdo de outras ordens jurídicas nacionais, se apresenta como a ordem jurídica universal, é soberania absoluta, ou seja, apenas esse Estado é soberano no sentido original do termo. A soberania de um Estado exclui a soberania de todos os outros Estados. Essa é uma consequência inevitável da teoria do reconhecimento baseada na hipótese da primazia do Direito nacional. A maioria dos expoentes desses pareceres, porém, não os desenvolve até as suas últimas consequências. Eles concebem o mundo do Direito como uma quantidade de ordens jurídicas nacionais isoladas, cada uma delas soberana e cada uma delas contendo o Direito Internacional como parte. Por motivos já explicados, esse pluralismo jurídico é logicamente impossível”. (grifos nossos)

- BAGUENARD, Jacques. La Constitution. In: MOREAU, Jacques (Direction). *Droit Public: théorie générale de l'état et Droit Constitutionnel, Droit Administratif*. 3. ed. Paris: P.U.F, 1995. t. I.
- BARACHO,, José Alfredo de Oliveira. O Direito Constitucional Internacional. In: BRANT (coord.). *O Brasil e os novos desafios do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BURDEAU, Georges et. al. *Manuel de Droit Constitutionnel*. 24. ed. Paris: L.G.D.J, 1995.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Constitucionalismos e Globalização”. Palestra proferida no VI Simpósio Nacional de Direito Constitucional, organizado pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba-PR em 4/10/2004.
- _____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CARRASCO, Ricardo Miguel Llopis. *Constitución Europea: um concepto prematuro*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- CARVALHO, Orlando Magalhães. *Caracterização da Teoria Geral do Estado*. Belo Horizonte: Kriterion, 1951.
- _____. *O mecanismo do governo britânico*. Belo Horizonte: Os Amigos do Livro, 1943.
- CHANTEBOUT, Bernard. *Droit Constitutionnel et Science Politique*. 14. ed. Paris: Armand Colin, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. Religious tolerance: The pacemaker for cultural rights. Cambridge: Royal Institute of Philosophy Annual Lecture, p. 12.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- KELSEN, Hans. La naissance de l'État et la formation de sa nationalité: les principes; leur application au cas de la Tchécoslovaquie. In: LEBEN, Charles. *Hans KELSEN: écrits français de Droit International*. Wien: Hans KELSEN Institut. Paris: (PUF) Presses Universitaires de France, 2001.
- _____. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.
- PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Constituição e Direito Internacional: cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado*. Prefácio de J.F. Rezek, apresentação de André Ramos TAVARES. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. *A Constituição europeia como signo: da superação dos dogmas do Estado nacional*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004.
- RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. *Poder constituinte supranacional: esse novo personagem*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.
- TAVARES, André Ramos. O Congresso Nacional como poder constituinte, p. 329-359. In: FERREIRA, Josué dos Santos (org.). *Os meandros do Congresso Nacional: como interagir e participar das atividades legislativas brasileiras*. Rio de Janeiro: Forense. Brasília: Senado Federal – Câmara dos Deputados, 2001.

VIEIRA, José Ribas (org.). *A Constituição Européia: o projeto de uma nova teoria constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

O PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE DOS EFEITOS CONTRATUAIS E SUAS MITIGAÇÕES

THE PRINCIPLE OF RELATIVITY
OF THE EFFECTS CONTRACT AND MITIGATION

Rodrigo MAZZEI

Professor da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) e do Instituto Capixaba de Estudos (ICE). Advogado. Vice-presidente do Instituto de Advogados do Estado do Espírito Santo (IAEES). Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) - rodrigo@rmazzei.com.br.

Resumo

Para este estudo, interessa-nos o princípio da relatividade dos efeitos contratuais em seu entendimento tradicional qual seja, o de que *os contratos somente produzem efeitos perante as partes que o pactuaram, não prejudicando nem beneficiando terceiros*, conforme o significativo dado à autonomia privada, como fundamento da obrigatoriedade do contrato. A sobrevalorização da autonomia privada cede, gradualmente, diante da constatação de que a formação dos contratos não se subordina tão somente à vontade manifestada pelas partes, como também ao entendimento de que o fundamento da obrigatoriedade do contrato está vinculada à observância de certos valores instituídos pelo ordenamento jurídico.

Palavras-chave: função social do contrato; autonomia privada; equilíbrio econômico.

Abstract

In this study we are interested in the principle of relativity in contract effects according to the traditional understanding, that is, contracts only produce effects before the parties who signed the, neither harming nor favoring third parties, significant given to private autonomy as contract obligation foundation. The private autonomy over appreciation pulls off gradually before the proof that contract building does not depend only on the parties will, but also on the understanding that the contract obligation foundation is attached to the certain values established by law.

KEY WORDS: contract social function; private autonomy; economical balance.

O presente ensaio é uma resenha sobre os pontos que, ao nosso sentir, são os básicos para se compreender a temática que ora enfrentamos. Assim, não

fixamos aqui posições definitivas sobre a questão, estando a nossa preocupação maior em apresentar um panorama básico sobre a matéria, abrindo-se caminho para textos futuros mais agudos e maduros.

As mitigações sofridas pelo princípio da relatividade¹ dos efeitos contratuais, expresso no adágio *res inter alios acta allis neque nocere neque prodesse potest*², que tem no Código Civil francês, artigo 1.165³, sua mais explícita e citada manifestação legislativa, decorrem do novo paradigma instituído no direito positivo pela Constituição da República de 1988 e, posteriormente, pelo Código Civil de 2002 (CC/2002) e por leis esparsas, destacando-se, em especial, a Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor – CDC), que conferiram densidade normativa aos valores consagrados pela Constituição e apontam, na esfera contratual, em seu conjunto, para uma necessária releitura do princípio da relatividade.⁴⁻⁵

1 O princípio da relatividade pode ser analisado sob o prisma objetivo e sob o prisma subjetivo. No primeiro se relaciona ao objeto contrato, enunciado segundo Orlando Gomes nos seguintes termos: “o contrato tem efeito apenas a respeito das coisas que caracterizam a prestação”. GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 44. Sob o prisma subjetivo, é este aqui analisado, entende-se, sucintamente, que o contrato produz efeitos somente entre as partes contratantes.

2 “O que foi negociado entre as partes não pode prejudicar nem beneficiar terceiros”

3 Preceitua o citado artigo que: “As convenções só têm efeito entre as partes contratantes; elas não prejudicam terceiros, e só lhes trazem benefícios nos casos previstos pelo artigo 1.121”. Cf. NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 212. O artigo 1.121 trata da estipulação em favor de terceiro. Compreendemos que também o artigo 1.134 do *Code* deve ser apontado como consagração do princípio da relatividade, uma vez que expressa este que: “As convenções legalmente formadas têm força de lei para aqueles que a fizeram. Não podem ser revogadas senão por mútuo consenso ou por causas que a lei autorize. Devem ser executadas de boa-fé” (destacamos). Conforme tradução de Santiago, Mariana Ribeiro. *O princípio da função social do contrato*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 37.

4 A necessidade dessa releitura do princípio é percebida nas pertinentes palavras de Antonio Junqueira de AZEVEDO, segundo o qual: “Não é possível que, ao final do século XX, os princípios do direito contratual se limitem àqueles *survival of the fittest*, ao gosto de Spencer, no ápice do liberalismo sem peias; seria fazer tabula rasa de tudo que ocorreu nos últimos cem anos. A atual diminuição do campo de atuação do Estado não pode significar a perda da noção conquistada com tanto sofrimento, de tantos povos e de tantas revoluções, de *harmonia social*. O alvo, hoje, é o equilíbrio entre sociedade, Estado e indivíduo. O contrato não pode ser considerado como um ato que somente diz respeito às partes; do contrário, voltaríamos a um capitalismo selvagem, em que a vitória é dada justamente ao menos escrupuloso. Reduzido o Estado, é preciso, agora, saber harmonizar a *liberdade individual* e a *solidariedade social*. AZEVEDO, Antonio Junqueira de Azevedo. “Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 750, abr. 1998, p. 113-120 (grifamos, demais destaques no original). No tema também merece registro a ótima síntese do capixaba Luciano Rodrigues Machado (“A função social e a legitimação para a causa. In. MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Questões processuais do novo Código Civil*. Barueri: Manole, 2006, p. 339-341).

5 Sobre as mudanças no panorama contratual contemporâneo, é obrigatória a leitura de Flávio Tartuce (Função social dos contratos: Do *Código de Defesa do Consumidor* ao novo *Código Civil*).

Para este estudo, interessa-nos o princípio da relatividade dos efeitos contratuais em seu entendimento tradicional qual seja, o de que *os contratos somente produzem efeitos perante as partes que o pactuaram, não prejudicando nem beneficiando terceiros*. Tal entendimento está intimamente relacionado com o significativo papel dado à autonomia privada, como fundamento da obrigatoriedade do contrato; por essa razão, os dois outros princípios contratuais clássicos (autonomia privada e obrigatoriedade dos contratos) não poderiam deixar de ser analisados nesse estudo.

A sobrevalorização da autonomia privada, que, em última análise, fundamentava a concepção de que os contratos somente produziam efeitos perante as partes (pois foram somente estas que manifestaram a vontade para a sua formação), cede, gradualmente, diante da constatação de que a formação dos contratos não se subordina tão somente à vontade manifestada pelas partes, como também ao entendimento de que o fundamento da obrigatoriedade do contrato ou da proteção conferida pelo Estado ao cumprimento dos pactos está vinculada à observância, quando da contratação e durante a execução do contrato, de certos valores instituídos pelo ordenamento jurídico.

Esse contexto é caracterizado pelo processo de despatrimonialização do direito civil, uma “tendência normativo-cultural” consistente na valoração da situação patrimonial como subordinada ao livre desenvolvimento da pessoa.⁶ Por essa razão, fez-se necessário utilizarmos de algumas linhas a fim de demonstrar, ainda que sucintamente, esse processo de remarcação dos limites da autonomia privada.

É certo que tal processo não ocorria tão somente no seio do direito contratual e de seus princípios, mas, também em escala maior, em todo o Ordenamento, partindo da Constituição, que impunha aos operadores do Direito enxergar toda a legislação por ela recepcionada à luz de seus valores. No caso do Código Civil de 2002, a influência desse processo de alteração de paradigma é notada desde sua elaboração, com base nas diretrizes que nortearam o legislador durante sua feitura, diretrizes que deixaram fortes traços nas normas do código *eticidade, socialidade e operabilidade* e impunham também sua análise.

Ao longo desse caminhar, partindo do individualismo absolutista até o solidarismo social, percebeu-se a remarcação dos limites dos princípios clássicos do contrato, decorrente das interrelações destes com os denominados novos princípios (*boa-fé objetiva, equilíbrio econômico do contrato e função social do contrato*). Esses princípios reciprocamente considerados delimitam a nova face do direito contratual, na qual se destaca, especialmente, a imposição de uma

São Paulo: Método, 2005).

⁶ Conforme anota: NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*, p. 106.

concepção contemporânea à relatividade dos efeitos do contrato, sobre o qual voltamos nossas atenções.

1 O contrato: concepção clássica

O individualismo filosófico e o liberalismo econômico fundamentavam as sociedades ocidentais dos séculos XVIII e XIX. Acreditava-se que o máximo incremento da riqueza da Nação e o bem-estar da coletividade seriam alcançados por meio da diretiva liberal do *laissez-faire, laissez-passer*. Cada cidadão teria a mais ampla liberdade para buscar a concretização de seus interesses particulares sem qualquer consideração quanto a um possível interesse social (supra-individual).

Nesse contexto, teriam os indivíduos a mais ampla liberdade de contratar (esta engloba a liberdade para contratar ou não, para escolher com quem contratar e, por último, para definir o conteúdo do contrato⁷⁻⁸). Os limites estabelecidos aos contratantes, nesse período, eram estritamente negativos, e ainda estes eram tolerados em estreita medida. Esses limites negativos seriam simples proibições a formar a moldura dentro da qual a liberdade de contratar poderia expandir-se sem controles. Nesse sentido, vedava-se a celebração de determinado contrato, ou a inserção de determinada cláusula no bojo deste contrato. Como exemplo desta, aponta Enzo Roppo⁹ a proibição de incluir, ainda que voluntária e conscientemente, cláusulas limitadoras da atividade própria, tais como os pactos de não concorrência, destinados a limitar irrazoavelmente determinada atividade produtiva.

O entendimento acerca da mais ampla e tendencialmente irrestrita liberdade de contratar era baseado em uma premissa fundamental: a igualdade das partes contratantes. As revoluções burguesas e as sociedades dessas nascidas

7 Nas palavras de Enzo Roppo, com base na ideia da liberdade de contratar, “afirmava-se que a conclusão dos contratos, de qualquer contrato, devia ser uma operação absolutamente livre para os contraentes interessados: deviam ser estes, na sua soberania individual de juízo de escolha, a decidir estipular ou não estipular um certo contrato, a estabelecer se concluí-lo com esta ou com aquela contraparte, a determinar com plena autonomia o seu conteúdo, inserindo-lhes estas ou aquelas cláusulas, convencionando este ou aquele preço”. ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 32.

8 Hoje, admitem-se hipóteses em que a contratação é obrigatória, o que fere de morte a concepção absoluta da autonomia privada. Destacam-se, exemplificativamente, as hipóteses de prorrogação automática do contrato de locação (art. 47 da Lei 8.245/91); bem como as hipóteses em que é vedado ao fornecedor recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque (art. 39, II do CDC) e recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento (art. 39, IX do CDC). A recusa injustificada, em contratar pode configurar ilícito (Abuso do Direito – art. 187 do Código Civil), podendo ser qualificada como crime, na hipótese do artigo 2º da Lei 1.521/51.

9 ROPPO, Enzo. *O Contrato*, p. 33.

havia eliminado os privilégios legalmente instituídos, caracterizadores do Antigo Regime, proclamando a igualdade de todos os cidadãos diante da lei. Essa igualdade, meramente formal, como hoje bem se distingue, era o fundamento para que, ainda que só no âmbito da retórica, pudesse ser defendida a imanente justiça das trocas realizadas por meio do contrato.

Segundo o entendimento daí decorrente seria desnecessária a tutela pelo Estado da igualdade substancial do contrato, uma vez que, sendo as partes livres para contratar e juridicamente iguais, a justiça da relação (entendida como equilíbrio econômico do contrato) seria automaticamente assegurada pelo fato de o conteúdo do contrato advir de duas vontades livres e conscientemente manifestadas conforme os interesses particulares das partes¹⁰⁻¹¹ (daí a tão citada expressão segundo a qual *qui dit contractuel dit juste*). Em um momento de sobrevalorização da liberdade individual a intervenção estatal, ainda que destinada a coibir abusos, chegava a ser compreendida como arbitrária.

Nesse contexto, a vontade manifestada é o cerne do contrato, daí derivando os princípios contratuais qualificados como clássicos: *autonomia privada*, *obrigatoriedade do contrato* e *relatividade dos efeitos do contrato*.¹² Por

10 Na lição de Orlando Gomes: “O princípio da igualdade de todos perante a lei conduziu logicamente à indiferença da ordem jurídica pela situação das partes de qualquer contrato. No pressuposto dessa igualdade meramente teórica, presumia-se que os interessados em contratar precediam o contrato, qualquer que fosse, de *livre discussão*, na qual seus interesses divergentes encontravam, afinal, denominador comum. Como toda *obrigação* importa limitação da liberdade individual, o contratante que a assumisse estaria praticando ato livre de todo constrangimento, já que tinha a liberdade de celebrar, ou não, o contrato. Por princípio, a limitação da liberdade haveria de ser voluntária e os efeitos jurídicos do contrato realizado, fossem quais fossem, presumiam-se queridos pela parte. A omissão da lei na determinação do conteúdo dos contratos justificava-se diante do princípio que assegurava a liberdade dos contratantes na sua *formação*. Partes iguais e livres não precisavam da interferência legislativa para impedir a estipulação de obrigações onerosas ou vexatórias. O poder de contraí-las livremente, após as discussões das condições contratuais, foi tido como um dos aspectos fundamentais da liberdade de contratar, tanto que os primeiros passos para evitar que um dos contratantes, por sua posição mais favorável, impusesse ao outro sua vontade, eliminando as negociações preliminares sobre o conteúdo do contrato, foram considerados intoleráveis restrições à liberdade”. GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 26 (grifos do autor).

11 A crença na justiça intrínseca do contrato em decorrência de ser esse formado por duas manifestações de vontades livres também é encontrada em Kant: “Quando alguém decide alguma coisa a respeito de um outro é sempre possível que este faça àquele algum tipo de injustiça, mas toda a injustiça é impossível quando ele decide por si próprio”. *Metafísica dos costumes*, apud NEGREIROS, Teresa, Op. cit., p. 27.

12 Conforme Antonio Junqueira de Azevedo: “São três os princípios do direito contratual que vêm do século passado (século XIX, explicamos); giram em torno da autonomia da vontade e assim se formulam: a) as partes podem convencionar o que querem, e como querem, dentro dos limites da lei – princípio da liberdade contratual *lato sensu*; b) o contrato faz lei entre as partes (art. 1.134 do Código Civil francês), *pacta sunt servanda* – princípio da obrigatoriedade dos

essas razões, analisamos, em sequência, tais princípios, como compreendidos em períodos de individualismo exacerbado.

1.1 Autonomia Privada

Segundo Francisco AMARAL, a autonomia privada é “o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica”.^{13_14_15}

A autonomia privada, no âmbito contratual, engloba a liberdade de contratar e a liberdade contratual. A primeira é a liberdade conferida a todas as pessoas para celebrarem pactos de acordo com sua vontade e necessidade, a segunda, por sua vez, enfoca o conteúdo do contrato, sua consistência interna, com foco nas cláusulas que compõem a avença. Em sua concepção clássica, a liberdade contratual seria limitada tão somente pelos preceitos de ordem pública e pelos bons costumes.

efeitos contratuais; c) o contrato somente vincula as partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros, *res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest* – princípio da relatividade dos efeitos contratuais. Os grandes movimentos sociais do final do século passado e da primeira metade do século XX obrigaram os juristas a reconhecer o papel da ordem pública, acrescentando-se, pois, segundo alguns um quarto princípio, dito ‘princípio da supremacia da ordem pública’ (na verdade, antes um *limite* que um princípio)”. AZEVEDO, Antonio Junqueira. “Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 750, p. 113-120, p. 115, abr. 1998.

13 AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 335. Segundo Francisco Amaral: “Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela, porém não se confunde existindo entre ambas sensível diferença. A expressão ‘autonomia da vontade’ tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real”. *Idem*, p. 335-336. Neste sentido é que se utiliza a expressão “autonomia privada” no contexto dos princípios clássicos do contrato.

14 Claudio Luiz Bueno de Godoy contrapõe os princípios “autonomia da vontade” e “autonomia privada” estabelecendo que o primeiro, no atual contexto teria dado lugar ao segundo, sendo este um novo princípio contratual. Explica tal situação sob o argumento de que a “liberdade de contratar, esteio da autonomia da vontade, classicamente concebida, cedeu a valores dispostos no ordenamento e mesmo diante de novas formas de contratação”. GODOY, Claudio Luiz Bueno. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 15-16.

15 Enzo Roppo preceitua que: “Autonomia significa, etimologicamente, poder modelar por si – e não por imposição externa – as regras da sua própria conduta; e autonomia privada, ou autonomia contratual, significam liberdade dos sujeitos de determinar com sua vontade, eventualmente aliada à vontade de uma contraparte no ‘consenso’ contratual, o conteúdo das obrigações que se pretende assumir, das modificações que pretende introduzir no seu patrimônio”. (*Op. cit.*, p. 128).

Com olhos na concepção tradicional, os princípios da *obligatoriedade do contrato* e *relatividade dos efeitos do contrato* advêm da autonomia privada. Em breve síntese, isso ocorre em virtude de que, sendo o contrato formado por duas manifestações livres de vontade (*princípio da autonomia privada*), suas cláusulas somente se impõem àqueles que consentiram (*princípio da obligatoriedade dos efeitos do contrato*), de modo que os terceiros que não manifestaram sua vontade não estão vinculados aos efeitos obrigatórios deste advindos (*princípio da relatividade dos efeitos do contrato*).¹⁶

A autonomia privada é remodelada à medida que se confronta com a boa-fé objetiva, que estabelece, em uma de suas facetas, a observância de deveres quando da formação do contrato e quando de sua execução, não advindos da autonomia privada, mas que ainda assim impõe sua observância por parte dos contratantes, sendo sua não observância sancionada à luz da responsabilidade contratual, conforme à frente se explica.

1.2 Obrigatoriedade do contrato

O princípio da obligatoriedade ou da intangibilidade do conteúdo do contrato (*pacta sunt servanda*) expressa que, uma vez celebrado o contrato, observados os pressupostos legais para sua constituição, será este obrigatório para as partes que livremente o celebraram. A mais citada expressão positivada deste princípio é o artigo 1.134 do Código Civil francês. Entende-se que são as partes livres para celebrar o contrato, entretanto, uma vez formado o vínculo contratual, devem estas observar integralmente o pactuado.

As mitigações sofridas pelo princípio da obligatoriedade estão relacionadas às hipóteses de desequilíbrio econômico contemporâneo à formação do vínculo (desequilíbrio genético), bem como de perda superveniente do equilíbrio econômico do contrato (desequilíbrio funcional), que permitem, conforme o caso: o reconhecimento da nulidade do contrato; a anulação do contrato ou da cláusula causadora do desequilíbrio; a sua revisão ou ainda a sua resolução.

16 Conforme anota Humberto Theodoro Neto, citando Guestin: “O princípio (da relatividade, explicamos) se deduz naturalmente da análise do contrato. Já que esse tira sua força da vontade dos contratantes, é natural que produza esse efeito obrigatório somente em relação às partes que quiseram esses efeitos jurídicos, e que esses efeitos não atinjam terceiros que, por hipótese, não o quiseram. A relatividade do efeito obrigatório está em harmonia com a doutrina individualista da autonomia da vontade”. Guestin; Fontaine, Marcel (Dir.). *Les effets du contrat à l'égard des tiers*. Paris: LGDJ, 1992, apud THEODORO NETO, Humberto. *Efeitos externos do contrato: direitos e obrigações na relação entre contratantes e terceiros*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 41.

1.3 Relatividade dos efeitos do contrato

Conforme já tratado acima, o princípio da relatividade dos efeitos do contrato, analisado aqui sob o prisma subjetivo, é expresso no adágio “*res inter alios acta allis neque nocere neque prodesse potest*”. Conforme anota Luciano de CamargoPenteado, o aforisma seria a combinação de três passagens do *Codex* de Justiniano, não sendo, nesta versão, propriamente de origem romana.¹⁷

É fundamental que se entenda a razão da enunciação do princípio nos termos referidos, que estabelece que: “O que foi negociado entre as partes não pode prejudicar nem beneficiar terceiros”¹⁸, para que, somente em momento posterior, seja possível uma releitura do princípio, efetuada em consonância com o atual estágio do desenvolvimento jurídico.

Durante muito tempo as sanções decorrentes de ilícitos, cíveis ou não, eram expiadas por todo o grupo ao qual pertencia o infrator, sem que esses tivessem, para tanto, concorrido para o dano, conforme anota Otávio Luiz Rodrigues Junior.¹⁹ Nesse contexto, o desenvolvimento do princípio da relatividade, impedindo que os efeitos, no caso do contrato, da inadimplência de um dos membros pudessem resultar em consequências para os demais membros da família, da tribo ou da cidade, representa evolução de sentido ético e humanista.

Destaca-se ainda o formalismo do direito romano, como causa para a enunciação do princípio da relatividade naqueles termos. Somente os que participaram da formação do contrato e seguiram seus ritos formais poderiam vincular-se. Nesse sentido estabelece Humberto Theodoro Neto: “A *stipulatio* somente tinha eficácia entre aqueles que haviam pronunciado as palavras

17 Conforme estabelece o citado professor: “Sob a epígrafe ‘*Inter alios acta vel iudicata aliis non nocere*’, encontram-se três frases do *Codex* a partir de onde os doutores do direito francês, notadamente R. J. Pothier, retiraram o princípio que passou a integrar o código francês. ‘*Inter alios res gests aliis non posse facere praeiudicium saepe constitutum est*’; ‘*Inter alios factam trasnsactionem absenti non posse facere praeiudicium notissimi iuris est*’; ‘*Si cum fratre tuo matri successisti, frater pro portione tua cum debitoribus hereditariis paciscendo vel agendo, non ex tua voluntate, pro hereditaria parte tibi quaesitan obligationem extinguere non potuit*’”. PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.p. 35. No mesmo sentido: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. “A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 821, mar. 2004, p. 81-98.

18 Cf. NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*, p. 214.

19 RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. “A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 821, mar. 2004, p. 81-98.

preestabelecidas para o negócio entabulado. Daí se falar que ‘ninguém pode estipular para outrem’, isto é, *alteri nemo stipulari potest*.²⁰

Conforme já destacado, o princípio em tela tomou forma no *Code*, em seu artigo 1.165. Em virtude da influência da legislação francesa, diversos foram os códigos que trouxeram também a regra expressa. Neste sentido, encontram-se os artigos 1.257 do CC espanhol; 1.195 do CC argentino; 1.372 do CC italiano.²¹ No direito pátrio não há disposição expressa do princípio, não obstante, sob a regência do CC/1916, tal princípio seria deduzido, a *contrario sensu*, do art. 928, segundo o qual: “A obrigação, não sendo personalíssima, opera, assim entre as partes, como entre os seus herdeiros.”²²

O princípio da relatividade ainda hoje gira em torno do princípio da autonomia privada e, dessa forma, do próprio conceito de contrato, sendo este entendido como “acordo de vontades produtivo de efeitos obrigacionais na esfera patrimonial”.²³ Isso porque como bem estabelece Orlando Gomes: “Em síntese, ninguém pode tornar-se credor ou devedor contra a vontade se dela depende o nascimento do crédito ou da dívida”.²⁴ Estes que manifestaram vontade na formação do contrato são classicamente denominados partes, em oposição aos terceiros, aqueles que não são partes.²⁵

Cumprir destacar que o conceito de parte não se confunde com o de pessoa física ou jurídica. O mais correto é que se entenda o conceito de parte como centro de interesses, objetivamente homogêneos, porque, dessa maneira, uma parte do contrato pode perfeitamente ser formada por duas ou mais pessoas.²⁶

20 THEODORO NETO, Humberto. *Efeitos externos do contrato: direitos e obrigações na relação entre contratantes e terceiros*, p. 43.

21 RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 821, p. 81-98, mar. 2004.

22 J. M. Carvalho Santos, ao comentar o artigo 928 do CC/1916, estabelecia que: “Em outras palavras, a obrigação produz efeito entre as partes. Em se tratando de contratos há uma regra que exprime bem essa verdade: o contrato vale como lei entre as partes”. J. M. Carvalho Santos. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, v. XIII, 13. ed. Rio de Janeiro: Freitas BASTOS, p. 9, apud NEGREIROS, Teresa, Op. cit., p. 18.

23 GOMES, Orlando, Op. cit., p. 9.

24 Idem, p. 43.

25 Nesse sentido: “O princípio da relatividade delimita o âmbito da eficácia do contrato com base na dicotomia ‘parte’ versus ‘terceiro’: os contratos só produzem efeito relativamente às ‘partes’, não prejudicando ou beneficiando os ‘terceiros’ cuja vontade não tenha participado da formação do vínculo contratual”. NEGREIROS, Teresa, Op. cit., p. 214.

26 Correta a lição de Luciano Rodrigues Machado, pois: “Na relação de consumo, os sujeitos do contrato não são apenas as partes que participaram inicialmente do contrato. Pode haver, nessa relação, um número de sujeitos indeterminados (terceiros), que, uma vez qualificados juridicamente, podem ser considerados como parte (plano da existência), tornado-se, com isso, sujeitos do

Se o entendimento de que partes são aqueles que manifestaram a vontade para a formação do vínculo contratual permanece correto, como compreendemos, é certo, contudo, que deve este ser complementado. Isso porque, não somente aqueles que manifestaram a vontade no momento de formação do vínculo contratual são compreendidos como partes, mas também aqueles que passam a ocupar a posição do contratante por sucessão ou transmissão *inter vivos* ou *causa mortis*.²⁷ Alargou-se a definição inicial acerca de quem são as partes, a fim de acrescentar aí aqueles que, posteriormente à formação do vínculo contratual, vieram a assumir os direitos e obrigações do contrato decorrentes; entretanto, o papel reservado à vontade permaneceu relevante.²⁸

Ocorre que, sob a influência de doutrinas individualistas, o princípio foi alargado ao ponto extremo de tornar-se razão para que os terceiros pudessem ignorar inteiramente a existência do contrato.²⁹

É certo que, no que tange aos efeitos internos do contrato, isto é, aos direitos e obrigações dos contratantes, o contrato é como se inexistisse para terceiros, uma vez que sua execução não pode ser pedida em face daquele que não participou, nem diretamente nem por representação na formação do contrato e, da mesma forma, este não pode vir a pleitear a sua execução. Ocorre que, daí à defesa de que terceiros, em absoluto, podem agir como se o contrato inexistisse há uma grande distância e se tal, em passado recente, já foi defendido, hoje, à luz de uma sociedade que se exige, constitucionalmente, solidária, não deve prevalecer.

É relevante a distinção operada pela doutrina francesa, neste aspecto, acerca da distinção entre relatividade e oponibilidade, citada por Antônio Junqueira de Azevedo.³⁰ Orlando Gomes já enunciava essa distinção estabelecendo

direito contratual (plano da eficácia)". (A função social e a legitimação para a causa. In: *Questões processuais do novo Código Civil*. MAZZEI, Rodrigo, Op. cit., p. 342).

27 Nesse sentido estabelece E. Santos Júnior, citado por Humberto Theodoro Neto: "Partes, no contrato, são os contratantes, aqueles que contrataram, emitiram as respectivas declarações negociais -, por si mesmos ou através de representante, voluntário ou legal, e, que, no momento considerado, continuam a ocupar essa posição ou aqueles que, por transmissão ou sucessão, *inter vivos* ou *mortis causa*, vieram a adquirir ou ocupar a posição dos contratantes originários ou de quem, entretanto haja passado a ocupar a posição destes. Terceiros, em relação ao direito de crédito, é quem não for sujeito da relação obrigacional, quem não for, pois credor nem devedor". Santos Júnior, E. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão de crédito*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 448-449, apud THEODORO NETO, Humberto. *Efeitos externos do contrato: direitos e obrigações na relação entre contratantes e terceiros*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 53.

28 "Na concepção clássica, a qualidade de parte é definida pela manifestação da vontade no momento da conclusão do contrato; na nova concepção proposta por Ghedin, é a vontade de estar ligado ao contrato, quer no ato da formação, quer no ato de execução". Cf. NEGREIROS, Teresa, Op. cit., p. 224.

29 Idem, p. 215.

30 AZEVEDO, Antonio Junqueira. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do

que é indispensável distinguir da existência do contrato os efeitos internos. A existência de um contrato é um fato que não pode ser indiferente a outras pessoas, às quais se torna oponível.³¹ Humberto Theodoro Neto resume o entendimento acerca da oponibilidade nos seguintes termos: “Apesar de o terceiro não possuir nenhum direito de crédito nem responsabilidade em razão de um contrato no qual não figura como parte, ele tem o dever orientá-lo e não pode agir como se ignorasse sua existência e seus efeitos jurídicos”.³²⁻³³

contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 750, p. 113-120, abr. 1998.

31 GOMES, Orlando. *Contratos*, p. 43.

32 THEODORO NETO, Humberto. *Efeitos externos do contrato: direitos e obrigações na relação entre contratantes e terceiros*, p. 64. Mais a frente acrescenta: “Certo é que o princípio da relatividade dos efeitos do contrato também no direito brasileiro deve ser visto com temperamento. Não há razão para, entre nós, tomarmos o seu conteúdo em sentido absoluto. Deve-se fazer a distinção hoje já admitida alhures entre efeitos obrigatórios e oponibilidade. O princípio da relatividade refere-se somente aos efeitos obrigatórios, ou internos, do contrato. Mas do contrato nasce também uma situação jurídica oponível aos terceiros e pelos terceiros. Essa oponibilidade é decorrência lógica e necessária do simples fato da existência jurídica e natural da convenção, portanto, irrecusável. É o que os direitos e obrigações emergentes do contrato vinculam, ativa ou passivamente, a esfera patrimonial dos contratantes, citando bens em sentido *lato*, que terceiros não podem agredir ou desprezar, além de o contrato ser um ‘fato social’ que, uma vez do conhecimento de outrem, não pode mais ter seus efeitos simplesmente ignorados”. THEODORO NETO, Humberto, *Op. cit.*, p. 152.

33 Por todos e com notável vanguarda preceitua Alvino Lima: “O princípio da relatividade das convenções não pode ser entendido hoje, como o foi no século XIX, com a rigidez de regra absoluta, conferindo ao terceiro ampla liberdade de ação. O contrato produz efeitos relativamente às partes contratantes, conferindo-lhes direitos e impondo-lhes deveres; tais efeitos, entretanto, não atingem os terceiros absolutamente estranhos à relação contratual. Contra os terceiros, os efeitos dos contratos são inoponíveis; trata-se de ineficácia, em relação aos mesmos, de um direito de um ato jurídico do qual não participaram. Mas o contrato não pode ser considerado apenas nos seus efeitos jurídicos; sendo uma realidade concreta, um fato social, um valor patrimonial, a sua existência não se limita às partes contratantes, mas age, como tal, *erga omnes*. Aquele mesmo sujeito passivo universal, que existe no direito real, observa Demogue, existe no direito de crédito, sujeito obrigado ao dever de abster-se de violar o contrato, não se tratando de uma obrigação resultante da relação contratual. Há um dever legal de não intervir na esfera da atividade de outrem, de respeitar os direitos de outrem de *neminem ledere*; um direito, que apenas o contratante seja obrigado a respeitar e que terceiros possam impunemente desprezar, não teria absolutamente valor; não poderiam subsistir mais relações sociais nem jurídicas, possíveis; a anarquia sucederia ao reino da lei. O contrato, pois, como fato social, em virtude da sua existência, conferindo direitos e deveres, não pode deixar de produzir certas repercussões relativamente a terceiros; não pode deixar de ser logicamente oponível contra terceiros não quanto aos seus efeitos diretos, imediatos, mas os indiretos, nascidos do jogo de interferências entre eles e as situações marginais. Há um dever jurídico de não interferir ou impedir o cumprimento do contrato; trata-se de um ilícito gerador de responsabilidade que no direito inglês se denomina *tort of interference*”. Lima, Alvino. A interferência de terceiros na violação do contrato, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 315, p. 14-30, 1962.

Dessa forma, distinguem-se os efeitos internos e os efeitos externos do contrato, sendo que os primeiros vinculam somente as partes e é com relação a estes efeitos que se fala no princípio da relatividade; no que tange aos efeitos externos, fala-se em oponibilidade. Nessas premissas é seguro o entendimento de que somente nas hipóteses em que os efeitos internos do contrato são extravasados a terceiros é que se pode falar, rigorosamente, em mitigação ao princípio da relatividade.³⁴ Não obstante, a compreensão acerca da existência de uma oponibilidade dos contratos expressa inegavelmente uma remodelagem do princípio da relatividade.

2 Alteração de paradigma jurídico

Nada obstante a admirável construção teórica acerca da inerente justiça contratual advinda da autonomia privada e da igualdade jurídica das partes, observou-se que, em diversas situações, a liberdade de contratar é apenas teórica e que a mera igualdade formal não garante o equilíbrio do contrato, pois somente há “deliberação efetivamente livre quando uma das partes não se veja na contingência de ter de se submeter à vontade da outra”.³⁵

Fez-se necessário que o Estado tomasse uma postura ativa diante das questões econômicas. Surgiu assim o Estado Social, a partir de fins do século XIX e início do século XX.³⁶

No plano jurídico, essa alteração de paradigma é mais fortemente evidenciada com o advento da Constituição Federal de 1988, à medida que ela estabeleceu como fundamentos da República a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV); como objetivos fundamentais da República, a construção de uma sociedade livre justa e solidária (art. 3º, I), por garantir o direito à propriedade e estabelecer que esta atenderá à sua função social (art. 5º, XXII e XXIII), por instituir que o Estado promoverá a defesa do consumidor e por arrolar como finalidade da ordem econômica assegurar a todos

34 O professor Flávio Tartuce faz interessante observação ao indicar que os efeitos do contrato em relação ao terceiro podem ser *exógenos* (“*de dentro para fora do contrato*”) ou *endógenos* (“*de fora para dentro do contrato*”). Cita como exemplo de situação *exógena* a estipulação em favor de terceiros (art. 436 do Código Civil), pois o terceiro pode exigir o cumprimento do contrato. Para a caracterização da situação *endógena* o prestigiado jurista cita a promessa de fato de terceiro (arts. 439-440 do Código Civil), pois nesse exemplo a conduta do terceiro repercute diretamente no vínculo contratual firmado entre os ‘contratantes’ (*Direito Civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie. Vol. III. São Paulo, 2006, p. 114-115*).

35 Conforme ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Aspectos da evolução da teoria dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 1949, p. 108.

36 THEODORO JÚNIOR, Humberto, Op. cit., p. 2.

existência digna, sendo observados os princípios da função social da propriedade (art. 170, III) e da defesa do consumidor (art. 170, V).

A positivação desses princípios, objetivos e fundamentos, com tamanha carga socializante (no sentido de substituto do individualismo jurídico de outrora³⁷), não ficaria, como decerto não ficou, restrita ao texto constitucional. Fazia-se necessário que se garantisse infraconstitucionalmente, mediante a promulgação de preceitos de maior densidade normativa, como inclusive determinava a própria Constituição, no caso da tutela dos consumidores.³⁸

No restrito âmbito do CC/2002, podem ser apontadas como reflexos dessa concepção socializante, as diretrizes que guiaram o legislador da *lei básica* do direito privado³⁹, em sua atividade legiferante, tratadas no item subsequente. Essas diretrizes influenciaram e oxigenaram o direito contratual, importando na positivação, ou quando menos na influência notada em dispositivos da codificação civil dos chamados novos princípios do contrato. Por essa razão, são estudadas, ainda que sucintamente, a *socialidade*, a *eticidade* e a *operabilidade*.

37 Exemplo evidente da alteração de concepção que parte da liberdade individual à solidariedade social é notado a partir da comparação entre o artigo primeiro do CC/2002 e o artigo segundo do código ab-rogado. Ao contrário deste, no qual se lia: “Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil”. Lê-se, no atual, que “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. A alteração, aparentemente ínfima, guarda significado substancialmente maior. Segundo Miguel Reale, a palavra *homem* tem o sentido genérico e abstrato de indivíduo, ao passo que a palavra *pessoa* indica o ser humano situado perante os demais componentes da coletividade. Decorre daí o novel entendimento do que seja o *sujeito de direito*, sendo este compreendido como indivíduo situado concretamente no complexo de suas circunstâncias éticas e socioeconômicas, e, não mais como indivíduo *in abstracto*, isolado, atomizado, sem força, em igualdade formal com os demais indivíduos. REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 263. Na explicação de Teresa Negreiros: “o direito civil voltado para a tutela da dignidade da pessoa humana é chamado a desempenhar tarefas de proteção, e estas especificam-se a partir de diferenciações que implodem a concepção outrora unitária de indivíduo, dirigindo-se, não a um sujeito de direito abstrato dotado de capacidade negocial, mas sim a uma pessoa situada concretamente nas suas relações econômico-sociais [...]”. NEGREIROS, Teresa, Op. cit., p. 18.

38 Conforme o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

39 A expressão *Lei Básica* do direito privado como referência ao Código Civil, consta na Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código Civil Anotada. In: REALE, Miguel, Op. cit., p. 69. Essa qualificação para o Código demonstra a superação do ideal de completude do CC/2002, realçando sua função participativa, à medida que não esgota todas as relações privadas, reconhecendo a importância dos microssistemas, o que leva a afirmação de que o Código é a “*lei básica, mas não global*, do direito privado”.

3 Diretrizes do Código Civil de 2002 ⁴⁰

3.1 Princípio da eticidade

O grande fundamento da eticidade é o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da Constituição Federal). Fixam-se, a partir desta diretriz, contornos de valorização do ser humano dentro da sociedade.

Em decorrência da eticidade, critérios como confiança, probidade, equilíbrio, cooperação e lealdade passam a ter maior relevância para o ordenamento, por serem valores essenciais à sociedade, merecendo prestígio no momento de aplicação da norma.⁴¹⁻⁴² Além de privilegiar e indicar a observância de critérios éticos nas relações privadas, a eticidade confere ainda ao juiz maior poder na busca da solução mais justa e equitativa, à medida que utiliza o código de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados (manifestações da operabilidade), com o fim de promover a dignidade humana.

3.2 Princípio da socialidade

O princípio da socialidade instrumentaliza, conforme entendimento de Judith Martins-Costa, a diretriz da solidariedade social, constante no artigo 3º, I e III da Constituição Federal.⁴³ Em decorrência da socialidade, altera-se a visão individualista presente no CC/1916, possibilitando o entendimento de que os institutos e as relações privadas não podem ser desvinculados de um sentido social. Dessa forma, compreende-se que as relações privadas devem ser analisadas não

40 Com olhos nos princípios do Código Civil, confira-se: MAZZEI, Rodrigo Reis: Notas iniciais à leitura do novo Código Civil. In: ARRUDA; Thereza Alvim (Coords.), *Comentários ao Código Civil brasileiro*: parte geral (arts. 1º a 103), Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. CX-CXLVI.

41 A mitigação ao princípio da relatividade dos contratos pode ter amparo no desprezo pelos contratantes ao princípio da eticidade, consoante é possível se extrair do Enunciado 168, aprovado na III Jornada de Direito Civil (“O princípio da boa-fé objetiva importa no reconhecimento de um direito a cumprir em favor do titular passivo da obrigação”), assim como do Enunciado 363, sedimentado na IV Jornada de Direito Civil (“Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação”).

42 Não obstante o tratamento separado das diretrizes da eticidade e da socialidade, é certo que essas se interrelacionam, nas palavras de Judith Martins-Costa: “Ambas – eticidade e socialidade – constituem perspectiva reversamente conexas, pois as regras dotadas de alto conteúdo social são fundamentalmente éticas, assim como as normas éticas têm afinidade com a socialidade”. E, à frente: “[...] não significando, de modo algum, que uma regra ética não se ponha também na dimensão da socialidade, e vice-versa”. BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 144.

43 BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Op. cit., p. 144.

somente sob o prisma do vínculo entre os particulares, mas também sob a ótica dos efeitos que tais relações projetam sobre a sociedade.⁴⁴⁻⁴⁵

Não se atesta, contudo que o referido princípio surge em detrimento do direito individual, perdendo este espaço para o poder público. A correta leitura da socialidade permite a compreensão de que o CC/2002 enalteceu a importância dos institutos do direito privado para a sociedade, pois a funcionalização⁴⁶ dos institutos da propriedade e do contrato evidencia a preocupação do legislador em proteger esses institutos em razão da importância que têm para a sociedade.⁴⁷

44 Parece prevalecer a posição de que a função social do contrato não detém apenas espectro externo, postura que nos parece correta e foi afirmada na IV Jornada de Direito Civil, através do Enunciado 360: “O princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes”.

45 O Enunciado 21 aprovado na I Jornada de Direito Civil demonstra a interligação entre o princípio da socialidade e a mitigação do princípio da relatividade. Confira-se: “A função social do contrato prevista no art. 421 do novo Código Civil constitui cláusula geral, que impõe a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito”. Constatação semelhante pode ser obtida através da leitura do Enunciado 23 (editado na mesma Jornada): “A função social do contrato prevista no art. 421 do novo Código Civil não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses meta-individuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”.

46 Segundo Francisco Amaral: “a funcionalização de um princípio, norma, instituto ou direito implica na sua positividade normativa, o reconhecimento de limites que o ordenamento jurídico ou algum de seus princípios vinculantes estabelece para o exercício das faculdades subjetivas (em face de situações concretas) que possa caracterizar abuso de direito. Empréstimo ao direito uma função social significa considerar que os interesses da sociedade se sobrepõem aos do indivíduo, sem que isso implique, necessariamente, a anulação da pessoa humana, justificando-se a ação do Estado pela necessidade de acabar com as injustiças sociais. Função social significa não-individual, sendo critério de valoração de situações jurídicas conexas ao desenvolvimento das atividades da ordem econômica. Seu objetivo é o bem comum, o bem-estar econômico coletivo. A ideia de função social deve entender-se, portanto, em relação ao quadro ideológico e sistemático em que se desenvolve, abrindo discussão em torno da possibilidade de se realizarem os interesses sociais, sem desconsiderar ou eliminar os do indivíduo”. AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 355.

47 Nas palavras de Claudio Luiz Bueno de Godoy: “Pela socialidade, em rigor, tencionam-se retirar a lei civil do individualismo típico do modelo liberal sob cuja influência se elaborou o Código Civil de 1916, forte na proteção das clássicas manifestações do direito subjetivo individual, ou na proteção de seus titulares: o proprietário, o contratante, o marido e o testador. Pretende-se, portanto, inserir a normatização civil em novo paradigma, de prestígio dos valores sociais, sem se perder, é certo, o valor fundante da pessoa humana, afinal a origem, centro e finalidade da ordenação”. GODOY, Claudio Luiz Bueno. *Função social do contrato*, p 119.

3.3 Princípio da operabilidade

Nas palavras de Miguel Reale, o código procurou “configurar os modelos jurídicos à luz do princípio da realizabilidade, em função das forças sociais operantes no país, para atuarem como instrumentos de paz social e desenvolvimento”.⁴⁸

Por meio do princípio da operabilidade, buscou o legislador que as matérias dispostas no CC/2002 fossem de fácil aplicação. Na simplificação dos dispositivos, um dos exemplos em que aflora o *princípio da operabilidade* está na adoção de critério mais seguro no Código Civil atual, em relação à codificação anterior, quanto à distinção da prescrição e da decadência, seguindo linha legal que, apesar de sujeita às críticas científicas⁴⁹, já vinha sendo adotado no Código de Defesa do Consumidor (arts. 25 a 27, do CDC), tendo o legislador civil o zelo de estampar rol respectivo no novel (arts. 205 e 206, do Código Civil), o que sem dúvida cria ambiente mais seguro ao jurisdicionado.⁵⁰

Registre-se que o princípio da *operabilidade* não pode ser visto apenas como diretriz que iluminou o legislador a adotar dispositivos mais simples no Código Civil, para uma aplicação mais segura. Cremos também que certas figuras e inovações do Código Civil de 2002 merecem aplicação imediata, razão pela qual foi criada superfície processual para tanto.⁵¹ Desse modo, sem o óbice da

48 REALE, Miguel, *Op. cit.*, p. 72.

49 Adotou-se a fórmula defendida por Agnelo Amorim Filho (causa extintiva da pretensão de direito material pelo seu não exercício no prazo estipulado em lei), em detrimento da fórmula defendida por Câmara Leal (a decadência extingue o direito e a prescrição extingue a ação).

50 Outro interessante exemplo também está no 1.417 do Código Civil, quando o legislador fez o divisor das situações em que a promessa de compra e venda será direito real, sobre coisa alheia, de aquisição, fixando seus pressupostos.

51 No sentido, em exemplo, existem dispositivos inseridos no Código Civil que permitirão que o réu, na sua resposta, apresente pedido contra o autor, valendo-se de postulação assemelhada ao *pedido contraposto*, ou seja, de pleitos que poderão ser formulados pelo requerido na sua contestação. Basta, pois, verificar os arts. 157, § 2º; 479; e 1.241 da nova codificação que não encontram precedente no diploma de 1916. Em resenha, *pedido contraposto* é uma técnica processual que permite ao réu apresentar pedido, no bojo da contestação, valendo-se da *causa de pedir* (= *mesmos fatos*) do autor. Tem cognição mais limitada que a reconvenção, pois a última, além de ser ofertada em autos em apartado, pode *expandir a matéria fática em quantidade*, uma vez que o legislador permite seu manejo quando houver conexão (horizonte muito amplo do que a limitação na causa de pedir – *mesmos fatos* - do *pedido contraposto*). Às claras, com dispositivos mais simples no Código Civil em pontos nucleares e com a inserção de regulações que visam implementar manejo mais útil das ações judiciais, há uma tendência de justiça mais célere, na medida que são evitadas discussões de natureza acadêmica sobre as normas simplificadas, permitindo, de outro lado, que apenas uma sentença resolva toda a relação controvertida, evitando-se o ajuizamento de outras ações. Este paralelo faz com que seja permitido dizer que o *princípio da operabilidade* é aliado para que seja alcançada a *duração razoável do processo*, diretriz hoje encravada em nosso ordenamento constitucional (art. 5º, LXXVIII), após a EC 45/04. No sentido, lançamos breve abordagem no seguinte artigo: Aspectos panorâmicos do “tempo” na “realização do direito”. SILVA, Bruno Freire

competência legislativa que outrora ocorria e pelos novos rumos científicos do estudo do direito, em que aferiu que o *'processo'* é fundamental indispensável para o sucesso do direito material, o Código Civil de 2002 acabou por trazer diversos dispositivos que, de alguma forma, afetam, modificam ou interferem no campo processual civil.⁵²

Em outra faceta do *princípio da operabilidade*, o legislador pretendeu evitar que o diploma codificado fosse rapidamente corroído pela ineficiência na sua aplicação, seja no plano *temporal*, como também no *plano espacial*. Com efeito, iluminado pela direttriz, o legislador fez o uso de *conceitos (dispositivos) vagos* que permitem o melhor ajuste das concepções extraídas da sociedade, sempre em intenso movimento (*fator tempo*) e que, em razão na grande extensão de uma nação de dimensões continentais, demonstram peculiaridades inevitáveis (*fator espacial*).⁵³

Assim, com a inserção em pontos importante de *dispositivos abertos* (em forma de *conceitos vagos*), fez-se a proteção contra os naturais efeitos do *tempo (moldando-se a interpretação da norma à evolução da sociedade)*. Ademais, as normas com tecido aberto criaram *efeito imunizante* contra possíveis contradições na aplicação de código com espectro de *espaço* tão amplo (*ao premiar soluções para casos concretos com apego às concepções locais, num país de dimensão magnífica*). O artigo 113 do Código Civil é exemplo didático do escudo lançado pelo legislador para amortecer os efeitos do *tempo* e do *espaço* no aplicar direito civil codificado.⁵⁴

Em reforço protetivo às nuances do *tempo* e do *espaço*, além dos *conceitos vagos*, o legislador foi atento à necessidade de comunicação constante da codificação

& MAZZEI, Rodrigo (Coords.). *Reforma do Judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência*. Curitiba: Juruá, 2006.

52 Importante frisar que nem sempre a incursão foi positiva, havendo várias situações de grande embaraço. Sobre as boas e más relações do Código Civil de 2002 com o Direito Processual Civil recomendamos a leitura dos textos que formam a coletânea *Reflexos no Novo Código Civil no Direito Processual*. Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei (Coords). Salvador: Editora Juspodivm, 2006, em especial os estudos *O novo Código Civil e o Direito Processual* (de autoria de José Carlos Barbosa Moreira), *Das relações entre o Código Civil e o Direito Processual Civil* (de lavra de Alexandre Freitas Câmara), e *O novo Código Civil e as regras heterotópicas de natureza processual* (escrito por Humberto Theodoro Júnior). Confira-se ainda a obra de DIDIER JUNIOR, Fredie (*Regras processuais do novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004) e a nossa mais recente coletânea *Questões Processuais do novo Código Civil*. Rodrigo Mazzei (Coord.) São Paulo: Manole, 2006.

53 Tire como exemplo a seguinte situação: a expressão *extensa área* do § 4º do art. 1.228 poderá ser aplicada uniformemente em todos os estados federados, ou terá que sofrer análise própria a cada região. Será a *extensa área*, para fins do dispositivo em voga, *igual* no Pará e no Espírito Santo? E o resultado do julgamento, quando a dimensão da área, se enquadraria necessariamente em ação originária de São Paulo ou do Maranhão?

54 Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração – (destacamos). Observe-se que a primeira parte do dispositivo aponta para a influência do princípio da *eticidade*, sofrendo efeitos na segunda parte do princípio da *operabilidade*,

com os *microssistemas*, remetendo para leis especiais certos regramentos ainda não maduros ou de grande instabilidade. Com esta orientação, o Código Civil de 2002 tem *função participativa*, já que não esgota todas as relações privadas, reconhecendo, portanto, a importância dos microssistemas, que, por sua vez, recebem os ditames gerais da codificação, naquilo em que a especialidade da matéria regulada não criar incompatibilidade.

4 Novos princípios do contrato

Sob o influxo de uma nova realidade, explicitada em novas diretrizes da atual codificação civil, esculpiu-se a ideia de que os contratos passaram a respeitar um feixe de princípios mais amplos, alargando-se o tradicional rol principiológico.

Os chamados “novos princípios do contrato” (*boa-fé objetiva, equilíbrio econômico do contrato e função social*) não suprimem, por certo, os princípios clássicos, antes, ocorre uma interrelação entre esses. Segundo Antonio Junqueira de Azevedo, estamos em uma época de hipercomplexidade, na qual os dados se acrescentam sem se eliminarem.⁵⁵⁻⁵⁶

55 “Hoje, diante do toque de recolher do Estado intervencionista, o jurista com sensibilidade intelectual percebe que está havendo uma acomodação das camadas fundamentais do direito contratual – algo semelhante ao ajustamento subterrâneo das placas tectônicas. Estamos em época de hipercomplexidade, os dados se acrescentam, sem se eliminarem, de tal forma que, aos três princípios que gravitam em volta da autonomia da vontade e, se admitido como princípio, ao da ordem pública, somam-se outros três – os anteriores não devem ser considerados abolidos pelos novos tempos mas, certamente, deve-se dizer que viram seu número aumentado pelos três novos princípios. Quais são esses *novos princípios*? A boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico do contrato e a função social do contrato”. AZEVEDO, Antonio Junqueira. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 750, p. 113-120, abr. 1998.

56 No mesmo sentido da interrelação entre os princípios clássicos e os novos, estabelece Gustavo Tepedino que: “O contexto axiológico no qual se insere o *Código Civil*, a partir da Constituição da República de 1988, altera, de forma radical, o sentido tradicionalmente atribuído à autonomia privada e à teoria contratual. Pode-se afirmar que os três princípios cardinais do regime contratual, a autonomia privada, a força obrigatória dos contratos e a relatividade obrigacional, embora prestigiados pelo sistema, adquirem novos contornos com o surgimento dos princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico e da função social dos contratos. A boa-fé objetiva atua preponderantemente sobre a autonomia privada. O equilíbrio econômico da relação contratual, por sua vez, altera substancialmente a força obrigatória dos pactos, dando ensejo a institutos como a lesão (art. 157, *Código Civil*), a revisão e a resolução por excessiva onerosidade (arts. 317, 478 e 479, *Código Civil*). E a função social, a seu turno, subverte o princípio da relatividade, impondo efeitos contratuais que extrapolam a avença negocial. Ou seja, o respeito à disciplina contratual torna-se oponível a terceiros, ao mesmo tempo em que os contratantes devem respeitar os titulares alcançados pela órbita do contrato. TEPEDINO, Gustavo. “Novos princípios contratuais e teoria

4.1 Boa-fé objetiva

A boa-fé objetiva já era positivada no ordenamento jurídico pátrio, antes mesmo do advento do CC/2002. O CDC já estabelecia a sua observância (art. 4º, III e art. 51, IV), ainda mais remota é a disciplina acerca da boa-fé no contexto do Código Comercial (Ccom.) em seu artigo 131, 1, que a apontava, como parâmetro interpretativo, muito antes do artigo 113 do CC/2002.

A doutrina arrola três funções essenciais à boa-fé objetiva: (I) cânon interpretativo-integrativo (art. 113 do CC/2002); (II) norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos (art. 187 do CC/2002); e (III) norma de criação de deveres jurídicos (art. 422 do CC/2002).⁵⁷

A boa-fé objetiva, em suas três funções indicadas, consubstancia a diretriz da eticidade, este parece ser também o entendimento de Teresa NEGREIROS, à medida que estabelece que: “Em comum, as diversas ramificações da boa-fé têm um sentido e um fim éticos, segundo os quais a relação contratual deve ser compreendida como uma relação de cooperação entre os contratantes em vista da realização do programa econômico estabelecido no contrato”.⁵⁸⁻⁵⁹

Para os fins do presente trabalho, a terceira função indicada para a boa-fé, norma de criação de deveres jurídicos, é a que mais interessa. Nesta função, é a boa-fé objetiva responsável pela criação de deveres impostos aos contratantes que não decorrem da autonomia privada. Tais deveres jurídicos são denominados de secundários, anexos, ou instrumentais, conforme Clóvis V. do Couto e Silva.⁶⁰ A qualificação decorre do fato de que esses deveres não correspondem à obrigação

da confiança: exegese da cláusula *to the best knowledge of the sellers*” (parecer), *Revista Forense*, São Paulo, v. 377, p. 237-254, jan. 2005.

57 Cf. BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado conforme a Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. 2 – Parte Geral e Obrigações, p. 17. Destacam ainda que a referida tripartição foi proposta por Franz Wiecker (*El principio general de la buena fe*, invocando Boehmer). Tendo sido adotada no Brasil por Judith Martins-Costa, *A boa fé no direito privado*; Ruy Rosado de Aguiar Júnior, *A boa fé na relação de consumo*; Agathe E. Schmidt da Silva, *Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo*.

58 NEGREIROS, Teresa, p. 130.

59 Também relacionando a boa-fé objetiva à diretriz da eticidade: “Já pelo princípio da eticidade, rende-se a legislação à constatação de que nem tudo se pode resolver por meio de preceitos normativos expressos, sendo de rigor superar-se o dogmatismo cerrado e abrir o sistema à interferência de critérios éticos, como a equidade, a justa causa e, particularmente, à boa-fé objetiva, já estudada. De resto, o novo Código Civil, também como se viu, consagra-a em mais de um dispositivo, de acordo com a função que ela assume (arts. 113, 187, 422) de toda sorte servindo bem a exemplificar o que, na nova normatização, significa o princípio da eticidade”. GODOY, Claudio Luiz Bueno, *Op. cit.*, p. 118.

60 SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 111.

principal (o dar, o fazer e o não fazer), mas a um feixe de deveres de observância obrigatória, que podem perdurar mesmo depois do adimplemento da obrigação principal.

A amplitude e a qualidade dos deveres anexos estarão intimamente relacionadas com a espécie de contrato a ser celebrado, com as características das partes celebrantes e, até mesmo, com o local no qual é avençado determinado contrato.

Não obstante, arrolou Judith Martins-Costa, na obra *A boa-fé no direito privado*, exemplos de manifestações do princípio da boa-fé, em sua função criadora de deveres, tais seriam: (I) deveres de cuidado, previdência e segurança; (II) deveres de aviso e esclarecimento; (III) deveres de informação; (IV) dever de prestar contas; (V) dever de colaboração e cooperação; (VI) deveres de proteção e cuidado com a pessoa e com o patrimônio da contraparte; (VII) deveres de omissão de segredo.⁶¹

Nos termos do enunciado 24⁶² aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal, ocorre um alargamento do suporte fático do inadimplemento obrigacional, uma vez que a não observância dos deveres anexos é considerada espécie de inadimplemento.

4.2 Equilíbrio econômico do contrato

O princípio do equilíbrio econômico do contrato não está expresso no corpo do CC/2002, como estão os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato. No seio do CDC encontramos referências mais explícitas ao referido princípio, conforme demonstram os artigos 4º, III; 51, § 1º, II e 51, § 4º. Ainda que não expressamente, também tratam do necessário equilíbrio do contrato, no CDC, os artigos 6º, V; 51, IV e 51, § 1º, III.

Apesar de não haver referência literal ao equilíbrio econômico do contrato no CC/2002, é inafastável o entendimento relativo à sua existência. Tal alegação tem por fundamento os artigos que tratam do estado de perigo (art. 156), da lesão (art. 157) e aqueles que tratam da possibilidade de revisão ou de resolução judicial dos contratos nos casos de desequilíbrio superveniente (artigos 317, 478,

61 Conforme anotam BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPE-DINO, Gustavo, Op. cit., v. 2 – Parte Geral e Obrigações, p. 19.

62 Estabelece o enunciado indicado que: “Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”.

479 e 480). No que tange aos contratos em espécie, podemos indicar ainda, como manifestação do princípio sob análise, os artigos 620 e 770.

Sem sermos exaurientes quanto ao tema, pode-se afirmar que os artigos indicados tutelam o equilíbrio econômico do contrato à medida que permitem: (I) o reconhecimento da nulidade das cláusulas que estabeleçam desvantagem exagerada para o consumidor (art. 51, IV c/c art. 51, § 1º, III do CDC); (II) a anulação do negócio jurídico formado estando uma das partes em estado de perigo ou formado, mediante lesão (art. 171, II c/c art. 156; e art. 171, II c/c art. 157, todos do CC/2002); (III) a revisão judicial do contrato (nas hipóteses previstas no artigo 6º, V do CDC que engloba as hipóteses de lesão e de onerosidade excessiva superveniente, no artigo 156⁶³ e 157, § 2º do CC/2002, bem como nos casos dos demais artigos indicados 317, 479, 480, 620, 770 todos do CC/2002); e, por último (IV) por permitir a resolução judicial do contrato, artigo 478 do CC/2002. Dessa maneira, de acordo com a causa do desequilíbrio, do momento em que este surge e pela qualidade das partes contratantes, que arma o sistema aquele prejudicado de diferentes meios para reverter a situação de desequilíbrio contratual.⁶⁴

Deriva o princípio do equilíbrio econômico do contrato das diretrizes da eticidade e da socialidade. Da primeira à medida que os contratos que não observarem o equilíbrio inicial, nos casos de lesão e estado de perigo, poderão ser anulados, o que força uma atitude ética e de cooperação das partes contratantes. Da segunda decorre o equilíbrio econômico à medida que se reconhece uma natureza ultrassubjetiva das relações privadas, objetivando-se, em primeiro lugar⁶⁵, a manutenção, ainda que para tanto seja o contrato revisado, em virtude da importância que a circulação de riqueza operada por meio deste instituto possui, não somente para os contratantes, mas também para a sociedade.

4.3 Função social do contrato

A função social do contrato, compreendida conforme já tratado como um dos novos princípios do contrato, está positivada no artigo 421 do CC/2002.⁶⁶

63 A aplicação do parágrafo segundo do artigo 157 do CC/2002 (hipótese de lesão) ao artigo 156 (estado de perigo) é indicada como possível pelo Enunciado 148 aprovado na III Jornada de Direito Civil, que estabelece que: “Ao ‘estado de perigo’ (art. 156) aplica-se, por analogia, o disposto no § 2º do art. 157”.

64 Confira-se, com boa profundidade: TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do código de defesa do consumidor ao novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005.

65 Nesses termos, estabelece o enunciado 176, aprovado na III Jornada de Direito Civil: “Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual”.

66 Apesar de termos tratados a boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico e a função social todos como princípios, é interessante destacar a distinção que faz Nelson Nery Júnior, segundo o qual:

Lê-se do citado artigo que: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

A redação atual do dispositivo desperta crítica da doutrina, sob o argumento de que em realidade não se trata de liberdade de contratar, mas de liberdade contratual.⁶⁷ Não obstante, ainda mais relevante que esta crítica é o debate que tem por objeto a questão de saber se a função social representa simplesmente um limite imposto pelo ordenamento à liberdade contratual⁶⁸, ou se a própria liberdade contratual somente é concedida e tutelada pelo ordenamento com a finalidade de ser realizada a função social, representando esta, dessa maneira, não

“Quando se inclui determinado princípio geral no direito positivo do País (Constituição, leis, etc.) deixa de ser princípio geral, ou seja, deixa de ser regra de interpretação e passa a caracterizar como cláusula geral. Assim, as várias classificações que a doutrina tem empreendido nessa difícil problemática (princípios positivados e não positivados; norma-princípio), passam por caminhos mais tortuosos para chegar-se a situação parecida: o princípio positivado, ou norma princípio não é regra de interpretação, mas norma jurídica. Mais técnico e menos confuso dizer-se que tornam-se cláusulas gerais, que têm conteúdo normativo e que são fonte criadora de direitos e obrigações.” NERY JÚNIOR, Nelson. Contratos no Novo Código Civil: apontamentos gerais. In: *Franciulli Netto*, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra (Coords.). *O novo Código Civil: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003, p. 406.

67 Cf. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: Estrutura milenar de fundação do direito privado. Superando a crise e renovando princípios, no início do vigésimo primeiro século, ao tempo da transição legislativa civil brasileira. In: BARROSO, Lucas Abreu (Org.) *Introdução crítica ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 117-132.

68 De conformidade com este entendimento está Humberto Theodoro Júnior, entendendo que a função primordial do contrato é a de promover a circulação de riquezas e que primeiro deve ser reconhecida essa função específica do instituto jurídico que é o contrato, para só em um momento posterior ser possível que se fale em limites dessa “natural e necessária função”, nas palavras do autor: “Reconhece-se, modernamente – repita-se – que a liberdade de contratar deve-se comportar dentro da função social do contrato. Mas, que função social maior pode ter o contrato senão aquela que justifica sua existência: servir à circulação de riquezas, proporcionando segurança ao tráfego do mercado? Primeiro, portanto, tem de reconhecer-se a função natural e específica do instituto jurídico dentro da vida social; depois é que se pode pensar em limites dessa natural e necessária função. O contrato, então, existe para propiciar circulação da propriedade e emanção desta, em clima de segurança jurídica. Assegurada esta função sócio-econômica, pode-se cogitar de sua disciplina e limitação. Não se pode, contudo, a pretexto de regular a função natural, impedi-la. A função social é um *plus* que se acrescenta ao à função econômica. Não poderá jamais ocupar o lugar da função econômica no domínio do contrato. Contrato sem função econômica simplesmente não é contrato. O contrato pode ser invalidado por ofensa aos limites da função social. Não pode, entretanto, ser transformado pela sentença, contra os termos da avença e ao arrepio da vontade negocial, em instrumento de assistência social. [...]. *Nessa perspectiva, pode-se afirmar que a função social não se apresenta como meta do contrato, mas como limite da liberdade do contratante de promover a circulação dos bens patrimoniais (Código Civil, art. 421). Mas como um limite que interfere profundamente no conteúdo do negócio, pelo papel importante que o contrato tem de desempenhar na sociedade*”. THEODORO JÚNIOR, Humberto, Op. cit., p. 101-102 (destacamos).

um limite negativo, mas efetivamente um papel afirmativo de consubstanciação de valores constitucionais.⁶⁹

Sem prejuízo do relevante debate doutrinário, o que importa para o contexto do presente trabalho é o entendimento de que, “quando se fala em função, tem-se, em geral, a noção de um poder de dar destino determinado a um objeto ou a uma relação jurídica, de vinculá-lo a certos objetivos; o que, acrescido do adjetivo ‘social’, significa dizer que esse passa a ter um poder-dever – para revelar-se como de interesse coletivo”.⁷⁰ Dessa maneira, é certo que a observância da função social do contrato é regra cogente, ainda mais à luz do parágrafo único do artigo 2.035 do CC/2002.

A vinculação existente entre o exercício da liberdade contratual, em necessária observância à função social do contrato, representa inequívoca manifestação da diretriz da socialidade; isso, porque, conforme anota Humberto Theodoro Júnior:

[...] proclamou-se [...] o compromisso de todo o direito dos contratos com a ideologia constitucional de submeter a ordem econômica aos critérios sociais, mediante harmonização da liberdade individual (autonomia da vontade) com os interesses da coletividade (função social). Princípio que, na elaboração do projeto, recebeu o nome de princípio da *socialidade*.⁷¹

Dos novos princípios do contrato, é a função social que mais evidentemente remodela o princípio da relatividade dos efeitos do contrato, à medida que tanto possibilita que terceiros sejam responsabilizados pelo inadimplemento do contrato – nesta hipótese, necessariamente, deve haver disposição legal expressa – quanto autoriza o entendimento de que os terceiros não podem agir como se o contrato inexistisse, pela simples afirmação de que não manifestaram sua vontade para a formação deste, o que se relaciona com o tema da *tutela externa do crédito*.⁷²

69 Neste sentido, Claudio Luiz Bueno de Godoy, segundo o qual: “a função social do contrato não é simplesmente um limite negativo à liberdade contratual, integrando-lhe mesmo o conteúdo e cumprindo, ademais, tal qual vem de se asseverar um papel afirmativo, positivo de fomento de escolhas valorativas do sistema. Em verdade, quando o artigo 421 preceitua que a liberdade de contratar será exercida em razão da fonte normativa do ajuste não está mais ou especialmente na força jurígena da vontade. De repetir, ainda uma vez, o quanto antes enunciado, que o poder das partes de auto-regulamentar seus interesses econômicos encontra sua proteção jurídica no reconhecimento, pelo ordenamento, de que aquele ato de iniciativa exprime um conteúdo valorativo consoante com as escolhas axiológicas do sistema”. GODOY, Claudio Luiz Bueno, Op. cit., p. 120-121.

70 Consoante GODOY, Claudio Luiz Bueno, Op. cit., p. 111, citando Fábio Konder Comparato (“Função social da propriedade dos bens de produção” In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 63, p. 71-79, jul./set. 1986).

71 THEODORO JÚNIOR, Humberto, Op. cit., p. 38.

72 Nada obstante *tutela externa do crédito* ser, hoje, uma expressão consagrada na nossa doutrina, não nos parece ser a mais adequada para o fenômeno jurídico, até porque a mitigação que se faz

5 O princípio da relatividade dos efeitos contratuais e suas mitigações

Neste momento buscamos analisar as mitigações ao princípio da relatividade dos efeitos do contrato, à luz das diretrizes do CC/2002 e de suas manifestações no direito contratual, a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

Cumprido destacar que, baseados nas premissas postas, dos exemplos típicos apontados pela doutrina como exceções ao princípio da relatividade dos efeitos do contrato, quais sejam: a estipulação em favor de terceiro (artigos 436 a 438 CC/2002); a promessa de fato de terceiro (artigos 439 e 440 CC/2002) e contrato com pessoa a declarar (artigos 467 a 471 CC/2002), somente a estipulação em favor de terceiro representa inequívoca exceção ao princípio da relatividade dos efeitos do contrato.⁷³ Esse entendimento decorre de que, nos demais casos, é necessário o consentimento do terceiro para que venha a vincular-se ao negócio, não havendo, portanto, extensão dos efeitos internos do contrato a pessoas que não o formaram ou vieram a fazer parte dele sem manifestação de vontade.

5.1 A função social do contrato e a relatividade dos efeitos do contrato

Se acima colocamos que rigorosamente só se pode falar em mitigação ao princípio da relatividade quando os efeitos internos do contrato extrapolam os limites das partes e atingem terceiros, não é equivocado, contudo, o entendimento de que a própria distinção entre efeitos internos e efeitos externos representa inegável reconhecimento do prisma ultrassubjetivo do contrato, o que, se não representa mitigação ao princípio da relatividade, expressa sua remodelação efetuada sob influência da realidade contemporânea, consequência da diretriz da socialidade e, mais especificamente, da função social do contrato. Isso porque este princípio impede que o jurista entenda o contrato como um átomo, algo que interessa às partes, desvinculado de todo o resto.⁷⁴

Nestes termos a positivação da função social do contrato é elemento que vem a reforçar o acerto da concepção atual do princípio da relatividade, à medida que impõe a observância pelas partes desse princípio (função social), o que tutela

ao princípio da relatividade dos contratos, em algumas situações, não visa proteger (ou assegurar) um crédito propriamente dito. Diante da necessidade de reflexão mais profunda para a proposição de permuta dicção já sedimentada, optamos por seguir no corpo do texto a expressão em voga.

73 GOMES, Orlando, Op. cit., p. 165.

74 AZEVEDO, Antonio Junqueira de Azevedo. “Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 750, p. 113-120, p. 116, abr. 1998.

inegavelmente os terceiros diante do contrato, bem como impõe o respeito pelos terceiros do contrato, quando o sabem existente.

No que tange ao respeito de terceiros diante do contrato que sabem existente, destaca-se o tema da tutela externa do crédito. Na concepção de Carlos Alberto da Mota Pinto, citado por Cláudio Luiz Bueno de Godoy a tutela externa significa: “a existência de um dever geral de abstenção de quaisquer terceiros, relativamente à obrigação concebida como valor patrimonial”.⁷⁵ Deve ser ressaltado que o tema da tutela externa do crédito somente pode ser considerado como um dos exemplos de mitigação ao princípio da relatividade, caso seja esse princípio interpretado em sua versão mais exacerbadamente individualista, na qual seria permitido que terceiros, ainda que cientes da existência de um contrato, agissem a fim de obstar sua realização, entendimento que não é adotado.⁷⁶

A denominada tutela externa do crédito, segundo Fernando Noronha, tem por função estender a direitos de crédito, em determinadas situações, a proteção dispensada aos direitos absolutos.⁷⁷ Conforme Fernando Noronha, são duas as categorias em que é possível invocar a tutela externa do crédito. A primeira consiste na hipótese em que terceiro instiga o devedor a não cumprir obrigação assumida, hipótese denominada indução ao inadimplemento de negócio jurídico alheio. A segunda situação seria aquela na qual terceiro firma com o devedor um contrato incompatível com o adimplemento, por parte deste, da obrigação previamente estabelecida com o credor. Ambas estariam circunscritas em uma única categoria: *indução ao inadimplemento*.⁷⁸

O CC/2002 prevê e sanciona a violação de contrato alheio por terceiros no artigo 608.⁷⁹⁻⁸⁰ Muito antes, como bem lembra Otávio Luiz Rodrigues Junior⁸¹,

75 PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão de contrato*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 353, apud, GODOY, Claudio Luiz Bueno, Op. cit., p. 141.

76 Ainda assim, em decorrência da relevância e da atualidade do tema (amplamente noticiado foi o caso, em trâmite, envolvendo cervejarias e uma celebridade do pagode), tecemos considerações sobre a tutela externa do crédito. No que tange ao caso concreto mencionado, vários autores trataram ou analisaram, entendendo ser possível, inclusive, a aplicação do art. 608 do Código Civil para a hipótese. No sentido, confira-se TARTUCE, Flávio, Op. cit., p. 116-117.

77 NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. v. 1, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 461.

78 Idem, p. 462.

79 Art. 608. “Aquele que aliciar pessoas obrigadas em contrato escrito a prestar serviço a outrem pagará a este a importância que ao prestador de serviço, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante dois anos”.

80 O CC/1916 continha regra semelhante, embora restrita ao contrato de prestação de serviço agrícola, previa o artigo 1.235 deste código que: “Aquele que aliciar pessoas obrigadas a outrem por locação de serviços agrícolas, haja ou não instrumento deste contrato, pagará em dobro ao locatário prejudicado a importância, que ao locador, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante 4 (quatro) anos”.

81 RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. “A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio res inter alios acta, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 821, p. 81-98, mar. 2004.

já previa o Ccom., no art. 500⁸², que permanece em vigor no particular ainda após o advento do CC/2002, a sanção ao aliciamento de marinheiro pelo capitão de outro navio daquele em que o marinheiro está matriculado.

A previsão dessas hipóteses legais poderia levar a crer que, somente em tais situações, seria possível sancionar terceiro cúmplice do inadimplemento. Tal interpretação não pode prevalecer, como já ressaltado por Antonio Junqueira de Azevedo, no mais citado parecer acerca do assunto, em virtude dos reflexos do princípio da função social do contrato.⁸³

Cabe, portanto, perquirir quais as hipóteses, em que o terceiro pode vir a ser sancionado pela violação de contrato alheio e quais seriam os fundamentos legais para essa sanção.

Cumprir destacar que é fundamental para a responsabilização do terceiro que este tenha conhecimento da existência do crédito alheio; a prova de tal fato incumbirá ao credor lesado pelo inadimplemento. Em situações excepcionais, bastará a prova de que o terceiro tinha condições de conhecê-lo, em decorrência de sua notoriedade e de sua publicidade.⁸⁴ Por último, é necessária a demonstração das perdas e danos advindos da lesão causada por terceiro ao crédito.

A prova acerca das perdas e danos é desnecessária nos casos do art. 608 do CC/2002 e do art. 500 do Ccom., uma vez que os referidos artigos não a exigem, representando sanção à conduta do terceiro cúmplice do inadimplemento. Destaca-se ainda que a tutela conferida pelo Ccom., em comparação com o artigo 608 do CC/2002, é mais ampla, uma vez que prevê a devolução do marinheiro seduzido, sem contudo afastar a multa estabelecida e as perdas e danos decorrentes do *demurrage*.

Nos demais casos, a necessidade de demonstração dos requisitos da responsabilidade aquiliana é inafastável. Nessas hipóteses, o fundamento legal para a sanção do terceiro que induz ao inadimplemento do devedor são os artigos 186, 421, 927 e 942 do CC/2002.⁸⁵

82 Art. 500. “O capitão que seduzir ou desencaminhar marinheiro matriculado em outra embarcação será punido com a multa de cem mil réis por cada indivíduo que desencaminhar, e obrigado a entregar o marinheiro seduzido, existindo a bordo do seu navio; e se a embarcação por esta falta deixar de fazer-se à vela, será responsável pelas estadias da demora”.

83 AZEVEDO, Antonio Junqueira de Azevedo. “Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 750, p. 113-120, abr. 1998.

84 Nesse sentido: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. “A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 821, p. 81-98, mar. 2004.

85 Não se pode descartar a ideia de que a conduta de terceiro a motivar o descumprimento do contrato poderia ser enquadrada na hipótese de abuso de direito (art. 187 CC/2002). Alvaro Lima não concorda com tal fala, pois nas palavras do já citado professor: “[...] é falso invocar o

Diferente da hipótese em que o contrato é afetado por terceiro, é a situação na qual o terceiro é prejudicado pelo descumprimento de uma obrigação contratual, hipótese trazida por Teresa Negreiros.⁸⁶ Nos casos de grupo de contratos haverá, segundo compreendemos, mitigação ao princípio da relatividade, uma vez que a responsabilidade contratual alcançará terceiros lesados pelo descumprimento de uma obrigação da qual aquele prejudicado não era parte.

Compreende-se aqui que há, no caso, uma evidente mitigação ao princípio da relatividade, à medida que:

[...] siempre que el contrato entre A y B um hecho necesaria la celebración de um contrato entre B y C, el perjuicio sufrido por C como consecuencia de um incumplimiento de la obligación contraída por A hacia B, deberá ser reparada. (sic) De este modo, C tiene una acción contra B y contra A.⁸⁷

Próximo a esse exemplo de mitigação do princípio da relatividade está o sistema de responsabilização civil estabelecida pelo CDC, também este decorrente do princípio da função social do contrato. Nos termos do artigo 12 do CDC:

“O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.” Essa responsabilidade será ainda estendida ao comerciante, nos termos do artigo 13 também do CDC, uma vez configuradas as hipóteses previstas em seus incisos.⁸⁸

conceito de abuso de direito, que pressupõe um direito; ora, na nossa concepção da relatividade das convenções, o direito, para os terceiros, de contratar, com violação de um contrato, não existe; o terceiro comete mais do que um abuso, ou um *despassement de droit* ele se torna culpado de um ato ilegal, contrário ao direito”. Lima, Alvino. A interferência de terceiros na violação do contrato, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 315, p. 14-30, 1962.

86 NEGREIROS, Teresa, Op. cit., p. 233.

87 Lorenzetti, Ricardo. Redes contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 28, p. 23-58, out./dez. 1998.

88 Art. 13. “O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando: I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados; II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador; III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis”.

Essas previsões provocam uma ruptura, como observa Paulo de Tarso Vieira Sanseverino⁸⁹, citado por Teresa Negreiros, no princípio da relatividade dos efeitos do contrato, isso porque, se mantido o entendimento tradicional acerca da relatividade dos efeitos do contrato, fabricante, produtor, importador e construtor não poderiam figurar como réus em ação movida por consumidor prejudicado por defeito ou vício do produto, uma vez que esse teria sido adquirido do comerciante, único com o qual teria o consumidor tido relação jurídica.⁹⁰⁻⁹¹

No mesmo sentido da mitigação da relatividade, e ainda mais evidente, é o caso do consumidor equiparado; a este são conferidos os mesmos meios para ressarcimento dos danos por ele sofrido, como preceitua o art. 17 do CDC. Neste caso, apesar de inexistente um contrato, ao terceiro são garantidos os mesmos direitos que ao consumidor contratante.

Para alguns não é correto que se fale em mitigação ao princípio da relatividade, uma vez que teria ocorrido, na realidade uma migração da responsabilidade do campo negocial para o extracontratual⁹²⁻⁹³; ainda que

89 Sanseverino, Paulo de Tarso Vieira. *Os pressupostos da responsabilidade civil por acidente de consumo e a defesa do fornecedor*, (Dissertação de mestrado) Faculdade de Direito da UFRGS, apud NEGREIROS, Teresa. Op. cit., p. 238.

90 MOURA, Mário Aguiar. Ruptura do Princípio da Relatividade dos contratos no Código de Defesa do Consumidor. In: *Repertório IOB de Jurisprudência*, nº 16/92, ago. 1992, p. 366-365, apud NEGREIROS, Teresa, Op. cit., p. 239.

91 Humberto Theodoro Neto qualifica essas situações de “oponibilidade específica” estabelecendo que esta “é então, uma decorrência de previsão legal para que, em determinadas circunstâncias, a eficácia da estipulação contratual ou o vínculo contratual estenda-se além das partes estipulantes. Por isso pode-se afirmar que, nessas circunstâncias, há uma exceção ao princípio da relatividade por disposição de lei cogente, que deve ser observada independentemente de manifestação da vontade. THEODORO NETO, Humberto. *Efeitos externos do contrato: direitos e obrigações na relação entre contratantes e terceiros*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 168.

92 De acordo com Cláudio Luiz Bueno Godoy: “Quer-se dizer, enfim que, mesmo admitida, nessa matéria, a fluidez da divisão clássica entre responsabilidade contratual e extracontratual, ou embora se aceite que, se não fala em unificação das responsabilidades, terá de ser ela extracontratual, como sustenta, por exemplo, Galvão da Silva, na verdade, ao menos se se cuidar de acidente de consumo, acrescenta-se, de toda maneira, será sempre o contrato, pressuposto para exercício da garantia legal já referida, se projetando para o exterior, ainda de modo a forjar a existência de deveres legais, senão dele diretamente decorrentes, decerto que com ele relacionados, sem dúvida como resultado evidente de sua inserção social, de sua eficácia social”. GODOY, Cláudio Luiz Bueno, Op. cit., p. 146.

93 Humberto Theodoro Neto, tratando do tema do terceiro credor *ex lege* em face de contrato alheio, analisa os artigos 12 e 14 do CDC, bem como os artigos 787 e 931 do CC/2002, concluindo que: “São esses casos típicos de terceiros que se tornam sujeitos ativos de direito de crédito em face de contrato alheio por força de disposição da lei. Como a excepcionalidade é *ex lege*, não se pode falar, também em relação a essas circunstâncias, em derrogação ou fim do princípio da relatividade contratual. THEODORO NETO, Humberto. *Efeitos externos do contrato: direitos e obrigações na relação entre contratantes e terceiros*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 209.

necessária a existência de um contrato, para outros teria ocorrido uma unificação entre responsabilidade contratual e extracontratual⁹⁴, sob outro prisma não haveria ainda mitigação à relatividade, pois o conceito de parte seria alargado a fim de alcançar aqueles que não manifestaram vontade para celebração do contrato.⁹⁵

5.2 Boa-fé objetiva e relatividade dos efeitos do contrato

Não somente a função social atua mitigando o princípio da relatividade dos efeitos do contrato. Destaca-se, nesse sentido, a atuação do princípio da boa-fé objetiva, que permite, segundo entendemos, a determinados terceiros demandar fundamentados em responsabilidade contratual diante de certas situações.

É certo que a literalidade do artigo 422 do CC/2002 estabelece que *os contratantes* são obrigados a observar a boa-fé, não obstante, há terceiros que, por uma proximidade com um dos contratantes, podem vir a exigir a observância dos deveres anexos, decorrentes da cláusula geral de boa-fé.

Nessas hipóteses, estamos diante do que a doutrina convencionou chamar de contrato com eficácia de proteção a terceiros. Conforme Humberto Theodoro Neto, a figura representa uma “extensão do efeito de responsabilidade também em benefício de terceiros, mas uma extensão de acordo com o caso concreto, pela particular natureza da obrigação em jogo, cujo âmbito de tutela vai além da esfera do credor formalmente constituído”.⁹⁶

É certo que essa proteção não pode ser ampliada indistintamente; esta poderá ter como destinatários pessoas que não participaram mediante manifestação de vontade da formação do contrato, ou que tampouco vieram a integrá-lo, mas essas pessoas (terceiros) deverão estar “ligadas por um particular nexa ao credor da prestação ou à própria execução dessa prestação”.⁹⁷⁻⁹⁸

94 Essa unificação seria caracterizada, conforme Teresa Negreiros, pela criação de “um sistema de responsabilidade que desafia a dicotomia clássica (responsabilidade extracontratual/responsabilidade contratual, explicamos), contrapondo-se tanto ao princípio da relatividade (próprio da responsabilidade contratual), como ao princípio da culpa (próprio da responsabilidade extracontratual)”. NEGREIROS, Teresa, Op. cit., p. 240.

95 Idem, p. 239-241.

96 THEODORO NETO, Humberto. *Efeitos externos do contrato: direitos e obrigações na relação entre contratantes e terceiros*, 2007, p. 202.

97 CARNEIRO DA FRADA, Manuel A. *Contrato e deveres de proteção*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1994, p. 71, apud THEODORO NETO, Humberto, Op. cit., p. 205.

98 No mesmo sentido estabelece Luciano de Camargo Pentead: “Segundo a doutrina dos contratos com eficácia de proteção a terceiros, a estes seriam deferidos direitos de feição muito peculiar, fundados no contrato, que atingiria aqueles que não são parte por um alargamento permitido e exigido pela boa-fé como cláusula geral em matéria obrigacional. De acordo com as diferentes situações, os prejuízos decorreriam do descumprimento do dever de abstenção ou do

Deste modo, os exemplos dessa espécie de proteção que abrangem determinados terceiros, representando assim mitigação à relatividade dos efeitos do contrato, englobam contratos que se destinam ao uso do contratante e de terceiros a ele relacionados, tal como no caso de imóvel locado para moradia do locatário e de sua família⁹⁹, bem como no caso de contrato de transporte, no qual a incolumidade física do acompanhante do contratante também deve ser observada pelo contratado.

Não obstante o entendimento defendido, de que a terceiros serão direcionados os deveres anexos decorrentes da cláusula geral de boa-fé, devem ser destacadas algumas peculiaridades. A primeira é que a observância dos deveres anexos decorrentes da boa-fé (definidos como deveres secundários) será dirigida a terceiros, sem que haja com relação a esses uma obrigação principal, o que demanda uma certa autonomia conceitual, como estabelece Luciano de Camargo Penteado¹⁰⁰, razão pela qual, no que tange aos terceiros, tais deveres deverão ser considerados autônomos.

A segunda peculiaridade reside no fato de que não obstante ser a observância dos deveres anexos seja imposta por lei, é necessário que exista um contrato como suporte da imputação; nesse sentido é que se entende ocorrer mitigação à relatividade, não obstante, esses fatos apontados aqui e no parágrafo anterior façam com que Humberto Theodoro Neto afirme que “a ideia de proteção para terceiro derivada da relação contratual não esbarra no princípio da relatividade dos contratos. Em primeiro lugar, porque este princípio refere-se ao dever de prestar, e não ao dever de conduta. Isto é a sua aplicabilidade deve restringir-se à relação de prestação. Em segundo lugar, porque o dever de proteção decorre da

cometimento de um ilícito. Eles seriam efeitos indiretos do comportamento das partes dentro do contrato, diante dos quais, o terceiro, por uma especial circunstância de afinidades de interesses com uma das partes, poderia postular tutela dos seus interesses jurídicos de acordo com critérios de responsabilidade contratual. Daí que a causa desses deveres seria, de certo modo, o próprio contrato social com uma parte vinculada a uma prestação, diante de quem se espera e se deve respeito em sentido jurídico, ou seja, consideração para com os interesses alheios e proteção quanto a atos de intromissão indevida. A exposição do terceiro à prestação parece ser um fundamento razoável para a especial tutela deferida pelo instituto. PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 179.

99 Conforme Humberto Theodoro Neto: “Havendo por hipótese, defeito no chuveiro a gás da casa alugada, cujo uso venha a causar a morte ou danos graves ao filho do locatário, terá o locador uma responsabilidade direta em face desse – teoricamente terceiro em relação ao contrato de aluguel –, mesmo não tendo com ele nenhum ajuste contratual. É que o dever de proteção em face do locador também deve dirigir-se ao filho do locatário, configurando-se nesse caso a locação como um contrato com eficácia de proteção para terceiro”. THEODORO NETO, Humberto, Op. cit., p. 205-206.

100 PENTEADO, Luciano de Camargo. Op cit., p. 182.

aplicação de outros princípios gerais do direito e da teoria dos contratos, como o da boa-fé”¹⁰¹.

É certo, ao fim dessas ponderações, que a proteção perante terceiros, nos casos em que estes têm um vínculo de proximidade com uma das partes, não decorre exclusivamente do contrato, da manifestação da vontade; não obstante, a observância dos deveres decorrentes da cláusula geral de boa-fé diante desses terceiros é inegável mitigação ao princípio da relatividade, uma vez que terceiros poderão, com base no contrato, demandar em relação à parte que lhes causou dano.

5.3 A operabilidade e a relatividade dos efeitos do contrato

Realizadas explicações acerca das manifestações referentes ao princípio da relatividade dos efeitos do contrato dos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, manifestações respectivamente das diretrizes da socialidade e da eticidade, conforme demonstrado, cabe tão somente traçar no momento rápido paralelo entre a operabilidade, última das diretrizes do CC/2002, e sua influência sobre a relatividade dos efeitos do contrato.

Conforme foi acima estabelecido, a operabilidade se manifesta sob dois prismas: material, no qual se relaciona à enunciação da norma; e processual, pelo qual objetiva a aplicação concreta da norma. Interessa-nos, por agora, o prisma processual.

Com efeito, a fim de permitir maior aplicabilidade às normas, o CC/2002, especialmente em dois artigos, afastou a incidência do princípio da relatividade. Tais são os artigos 456 e 787 do CC/2002.

Através do art. 456 do Código Civil está positivada a possibilidade de o evicto notificar o alienante imediato, aquele que foi sua contraparte no contrato, ou poderá ainda notificar, em seu próprio nome, todos os alienantes anteriores, com os quais não teve relação jurídica contratual.¹⁰²⁻¹⁰³

No artigo 787 garante o legislador que a indenização seja pleiteada pelo terceiro do contrato de seguro diretamente da seguradora, o que, da mesma forma que o artigo anterior, garante a tutela judicial de forma mais célere, excluindo-se

101 THEODORO NETO, Humberto. *Efeitos externos do contrato: direitos e obrigações na relação entre contratantes e terceiros*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 204-205.

102 Sobre as repercussões processuais do dispositivo, confira-se: Rodrigo Barioni (“A denúncia da lide no novo Código Civil. *Questões processuais do novo Código Civil*. MAZZEI, Rodrigo (Coord.). Barueri: Manole, 2006, p. 303-317) e Fredie Didier Jr. (*Regras processuais do novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 88-92).

103 No sentido, foi editado o Enunciado 29 na I Jornada de Direito Civil “A interpretação do art. 456 do novo Código Civil permite ao evicto a denúncia direta de qualquer dos responsáveis pelo vício”.

no caso a incidência do princípio da relatividade, uma vez que é inexistente a relação jurídica contratual entre o beneficiário do seguro e a seguradora e a este será possível com base no contrato existente requerer sua indenização.¹⁰⁴

Os exemplos acima não são únicos, colhendo-se outras possibilidades ao longo da codificação civil. Cabe ao interprete, tão logo localizados os pontos de superfície em que há necessidade de mitigação ao princípio da relatividade contratual no Código Civil, projetar a sua aplicação com olhos e abrigo ao princípio da operabilidade.¹⁰⁵

104 O art. 787 do Código Civil é um dos frutos do processo de *recodificação* do Código Civil de 2002, pois sua regulação já vinha sendo adotada pelos Tribunais antes mesmo da inserção no dispositivo no ordenamento legal. Confira-se: “Ação de indenização diretamente proposta contra a seguradora. [...] Pode a vítima em acidente de veículos propor ação de indenização diretamente, também, contra a seguradora, sendo irrelevante que o contrato envolva, apenas, o segurado, causador do acidente, que se nega a usar a cobertura do seguro” (STJ, REsp. 228840/RS, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. 26.06.2000, DJ 04.09.2000 p. 150); “Denúnciação da lide. Seguradora. Execução da sentença. 1. A impossibilidade de ser executada a sentença de procedência da ação de indenização contra a devedora, porque extinta a empresa, permite a execução diretamente contra a seguradora, que figurara no feito como denunciada a lide, onde assumira a posição de litisconsorte. 2. Não causa ofensa ao art. 75, I, CPC, o acórdão que assim decide” (STJ, REsp. 97590/RS, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, j. 15.10.1996, DJ 18.11.1996 p. 44901); “As relações jurídicas oriundas de um contrato de seguro não se encerram entre as partes contratantes, podendo atingir terceiro beneficiário, como ocorre com os seguros de vida ou de acidentes pessoais, exemplos clássicos apontados pela doutrina. II – Nas estipulações em favor de terceiro, este pode ser pessoa futura e indeterminada, bastando que seja determinável, como no caso do seguro, em que se identifica o beneficiário no momento do sinistro. III – O terceiro beneficiário, ainda que não tenha feito parte do contrato, tem legitimidade para ajuizar ação direta contra a seguradora, para cobrar a indenização contratual prevista em seu favor”. (STJ, REsp. 401.718/PR, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 03.09.2002, DJ 24.03.2003 p. 228). Confira-se ainda do Superior Tribunal de Justiça: REsp. 257.880/RJ, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 03.04.2001, DJ 07.10.2002 p. 261; REsp. 397229/MG, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, j. 02.05.2002, DJ 12.08.2002 p. 220).

105 Luciano Rodrigues Machado, ao longo de seu ótimo texto, cita hipóteses que poderiam ser encartadas para a flexibilização ao princípio da relatividade dos contratos (“A função social e a legitimação para a causa. In: *Questões processuais do novo Código Civil*. MAZZEI, Rodrigo (Coord.). Barueri: Manole, 2006, p. 345-351), entre as quais estaria o art. 518 do Código Civil, confira-se: “O código Civil de 2002, estruturado com base nos princípios da eticidade, operabilidade e socialidade, reconheceu o direito do vendedor, preterido no seu direito de preferência de compra da coisa vendida, de acionar, solidariamente, o comprador e o adquirente se este tiver agido de má-fé, conforme expressamente previsto no art. 518. No Código Civil de 1916, o artigo correspondente (1.156) que cuidava da obrigação de dar ciência ao credor (vendedor da coisa com pacto de preferência), não previa a responsabilidade do terceiro adquirente. Para efeito desse dispositivo, caracteriza-se a má-fé como aquisição do bem pelo terceiro, estando este ciente da violação da cláusula de preferência em favor do vendedor. Nesse caso, o credor (vendedor com cláusula de preferência) poderá exigir perdas e danos de qualquer um dos devedores (comprador

Considerações finais

Em síntese, o processo de mitigação pelo qual o princípio da relatividade passa é uma das facetas de um processo maior que envolve todo o direito privado, caracterizado, essencialmente, por sua despatrimonialização. No âmbito do contrato tal se dá predominantemente pelo abalo que a autonomia privada sofreu, deixando de ser o fundamento único para a obrigatoriedade do contrato, à medida que a lei passou a impor para o desenvolvimento da liberdade contratual a observância dos princípios da boa-fé e da função social do contrato.

É importante distinguir, no que tange à relatividade dos efeitos do contrato, duas manifestações desse paradigma contemporâneo de compreensão do contrato. A primeira, conforme colocamos, referente a uma remodelagem do princípio da relatividade, que permite que se compreendam existentes efeitos internos e efeitos externos do contrato, sendo possível a distinção entre relatividade e oponibilidade. Se, conforme posto e reiterado, a mitigação à relatividade somente ocorre quando os denominados efeitos internos do contrato atingem terceiros, seja por manifestação de vontade das partes a fim de beneficiá-lo, como no clássico caso do contrato em benefício de terceiro, seja em decorrência da lei, a fim de garantir, em síntese, o solidarismo social, estendendo àqueles que tradicionalmente seriam considerados terceiros a responsabilidade por danos do contrato advindos, é certo que essa própria diferenciação entre efeitos internos e externos é reflexo também do novo modelo contratual surgido a partir da Constituição Federal, marco legal de onde partiu nossa análise.

A segunda manifestação que acabamos também de enunciar é a compreensão de que mesmo os efeitos internos do contrato poderão, em determinadas hipóteses, ser alargados a terceiros, entendidos como aqueles que não manifestaram vontade para a formação do contrato ou que não vieram a este integrar ao longo de sua execução. Tais situações, como demonstramos, ocorrem por influência da função social do contrato, no caso dos grupos de contrato; por influência do princípio da boa-fé, estendendo a terceiros (que têm uma relação de especial proximidade com uma das partes), a proteção do contrato advinda, no que tange aos deveres anexos, que, sob o prisma desses terceiros, serão considerados deveres autônomos; e por último, por manifestação da operabilidade, fundada na realizabilidade que permite a terceiros demandarem diretamente, com base em um contrato, contra pessoas com as quais não possuem diretamente relação jurídica contratual.

A conclusão mais evidente é a de que, ainda sendo a vontade elemento preponderante para o entendimento de quem são as partes e os terceiros, a essa

que não cumpriu o pacto de preferência e o terceiro adquirente que, conscientemente, não colaborou com o inadimplemento)” (Op. cit., p. 350-351).

são acrescentadas disposições legais que ampliam a responsabilidade de certas pessoas, em especial nas relações de consumo, visando conceder maior proteção a uma das partes. É nesse contexto que se afirma que há uma migração da responsabilidade contratual para a responsabilidade extracontratual, ou ainda que os conceitos de partes e terceiros devem ser modificados a fim de serem entendidas como partes figuras que, tradicionalmente, assim não seriam consideradas.¹⁰⁶

106 Como alertamos no início do estudo, o presente texto é apenas um conjunto de ideias iniciais sobre a temática, razão pela qual nos limitamos em nossas conclusões que, certamente, serão apresentadas no futuro em texto mais maduro acerca da questão. De toda sorte, esperamos ter deixado alguma contribuição.

RESUMOS
Dissertações Defendidas em 2008
(Parcial)

A INTERVENÇÃO INDIRETA DO ESTADO SOBRE O DOMÍNIO ECONÔMICO: O REGIME JURÍDICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O PROJETO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO-SOCIAL BRASILEIRO

Yslyg Abreu VELOSO

O modelo das agências reguladoras no Brasil insere-se em um cenário de reformas do aparelho burocrático estatal no decorrer da década de 90 do século passado. Foram incorporados novos paradigmas e conceitos de administração pública, acompanhando a redefinição do papel do Estado como principal promotor de políticas públicas voltadas aos objetivos traçados pela Constituição Federal de 1988.

Estas autarquias especiais são dotadas de personalidade de direito público, integrantes da administração pública indireta, vinculadas, organicamente, aos Ministérios (esfera federal) ou as Secretarias (esferas estadual e municipal) e representam uma importante ferramenta para o Estado quando desempenha atribuições de intervenção sobre o domínio econômico (Art. 174 CF/88). Na última década a atividade reguladora estatal, ganhou novas perspectivas e dimensão, atuando em setores e atividades econômicas de elevada importância social, bem como assumindo posição de destaque ao estabelecimento de um cenário propício ao desenvolvimento nacional. Para esta realidade às agências reguladoras foi proposto um regime jurídico diferenciado em relação às tradicionais autarquias. Esse tratamento especial tem, além de outras finalidades, garantir uma atuação de natureza técnico-política que gera para a atividade econômica e os serviços públicos concedidos um ambiente de estabilidade e segurança jurídica nem sempre presentes no campo das decisões exclusivamente políticas de diferentes governos. O papel das agências reguladoras é ponto de importantes discussões, entre elas o regime jurídico especial, a necessidade de fazer coincidir políticas de governo com políticas do estado, o limite do poder regulamentar diante das atribuições típicas e atípicas dos órgãos Legislativo e Executivo, a ausência de norma nacional para definição uniforme de um regime jurídico. Estas principais questões influenciam, de modo substancial, a efetividade do modelo das agências reguladoras. Consequentemente tem-se reflexos de insegurança para o campo econômico-social, comprometendo a promoção do projeto desenvolvimentista e da própria emancipação social.

Palavras-chave: Estado; agências reguladoras; desenvolvimento econômico-social.

TRIBUTAÇÃO EXTRAFISCAL E INTERVENÇÃO ECONÔMICA: UMA ANÁLISE CONCORRENCIAL DOS CONVÊNIOS INTERESTADUAIS DE ICMS E DO SIMPLES NACIONAL

Glauco Lubacheski de AGUIAR

As normas tributárias possuem finalidades diversas. Por vezes, elas objetivam arrecadar dinheiro para cofres públicos, o que significa o fim fiscal da tributação; outras vezes elas visam servir como instrumento de intervenção econômica, revelando sua finalidade extrafiscal. Quando se concretizar este fim extrafiscal e ele for preponderante na norma jurídica tributária, então isto influirá diretamente na determinação do regime jurídico aplicável, sujeitando-a não ao regime tributário ou ao regime econômico, mas a ambos. Em razão disto, sempre que uma norma tributária, qualquer que seja ela, se enquadrar no modelo extrafiscal com fim de intervenção econômica, sua edição haverá, necessariamente, de observar os princípios e regras de ambos os subsistemas normativos, isto é, sujeitar-se-á às disposições constitucionais contidas nos artigos 145 a 156 e nos artigos 170 a 174, que fixam, respectivamente, os capítulos tributário e econômico no texto da Constituição Federal de 1988. Em razão disto, o deslinde do tema depende de uma análise sistemática. Significa que, muito embora instrumentos eminentemente tributários, os convênios interestaduais em matéria de ICMS e o Simples Nacional caracterizam-se como normas tributárias extrafiscais com finalidade interventiva econômica e, portanto, sujeitam-se tanto ao regime jurídico tributário como econômico. Por consequência, abre-se a possibilidade de se realizar uma análise destes mecanismos tributários sob a ótica concorrencial, isto é, sob a perspectiva do direito econômico e do princípio da livre concorrência. Enfim, esta ideia caracteriza um novo instrumental prático a viabilizar discussões jurídicas que envolvam a problemática relativa ao Simples Nacional e aos convênios interestaduais em matéria de ICMS.

Palavras-chave: tributação extrafiscal; intervenção econômica; ICMS; SIMPLES Nacional.

INTERVENÇÃO DO ESTADO COMO AGENTE REGULADOR E FISCALIZADOR DA ATIVIDADE ECONÔMICA: PROSTITUIÇÃO

Karine Alves Gonçalves MOTA

Esta pesquisa busca demonstrar o dever do Estado de intervir como agente regulador da prostituição. Ampara-se no direito fundamental da liberdade; nos princípios da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho, fundamentos da República e do Estado Democrático de Direito; e na função (dever/poder) regulatória da atividade econômica exercida pelo Estado, nos termos do Art. 170 e seguintes da Constituição Federal de 1988. O material utilizado compreende doutrina, dissertações, artigos e sites, nesses, especialmente o do Ministério do Trabalho que qualifica as prostitutas como “profissionais do sexo”, classificando a atividade exercida como ocupação lícita. Tem essa pesquisa o objetivo de verificar o dever do Estado em regular a atividade econômica exercida pelas profissionais do sexo. Em princípios será abordada a evolução histórica da prostituição, desde a antiguidade até os dias atuais, bem como o direito fundamental da liberdade, enfocando aspectos filosóficos, psicológicos e sociológicos. Feitas tais considerações, a análise retomará nos fundamentos da República e do Estado Democrático de Direito, quais sejam: a dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho humano, nos termos do Art. 1º, incisos III e IV da CF, repetidos no capítulo da constituição que trata da ordem econômica, incluindo a livre iniciativa como fundamento, direitos esses, na maioria das vezes, suprimidos às profissionais do sexo em razão da não regulamentação de seu ofício. Por fim, será tratada a intervenção do Estado na ordem econômica como agente regulador das atividades, especialmente por meio da regulamentação e fiscalização; sua omissão atinente às profissionais do sexo, observada a evidente e comprovada natureza econômica da atividade exercida. Em conclusão, diante de todo material pesquisado, será apresentado o resultado sobre o dever do Estado de regulamentar como profissão a atividade econômica exercida pelas prostitutas, seja como autônomas ou empregadas de estabelecimento comercial próprio, adotando políticas públicas específicas, especialmente na área da saúde, para acompanhar o exercício dessa atividade, além de exercer o poder de polícia fiscalizando o exercício irregular da profissão.

Palavras-chave: direito público; regulação; profissionais do sexo.

A DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA E DO CONSUMIDOR ENQUANTO PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Adriana Aparecida da SILVA

A presente pesquisa analisa a livre concorrência e a defesa do consumidor enquanto princípios da ordem econômica no Estado Democrático de Direito. Tem como objetivo demonstrar a interrelação entre esses dois princípios, com base nos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil e nos princípios da ordem econômica. A livre concorrência e a defesa do consumidor nem sempre são princípios harmônicos entre si, podendo acontecer situações em que existam conflitos entre a aplicação dos mesmos no caso concreto, uma vez que os interesses dos fornecedores muitas vezes não são compatíveis com os do consumidor. No entanto, é necessário fazer um estudo do Estado Liberal e Social, demonstrando como se chegou ao Estado neoliberal e ao surgimento da Constituição Econômica. Destaca a importância dos princípios da livre iniciativa, defesa do consumidor e livre concorrência. Diante da realidade atual da economia, importante estudar as legislações infraconstitucionais que, em conjunto com os princípios constitucionais, protegem a livre concorrência e defendem o consumidor, sempre no intuito de preservar o interesse da coletividade. Motivo porque às vezes ocorrem os referidos conflitos, pois o objetivo maior é o coletivo e não o particular. Demonstra-se como ocorrem os conflitos entre as referidas normas e as soluções, inclusive nos casos concretos. As estruturas de mercado serão estudadas em razão do desrespeito à livre concorrência e aos abusos do poder econômico. Após a análise do mercado em sua situação de normalidade foram descritas as situações patológicas do mercado: abuso de poder econômico, desvios, cartéis, truste e dumping. A proteção das relações de consumo está intimamente relacionada com a construção de uma política de defesa da concorrência, sendo a defesa do consumidor o princípio básico do direito concorrencial. As limitações impostas à livre concorrência em razão da proteção do consumidor são importantes para que a regulamentação do mercado se dê sem que o consumidor sofra restrições aos seus direitos, uma vez que fica vulnerável diante de oligopólios, monopólios etc. Logo a proteção imposta pelo Código de Defesa do Consumidor acaba limitando o direito à livre concorrência, para que possíveis abusos não comprometam os direitos do consumidor que precisa do serviço ou do produto. Ao final será apresentada a regulamentação do CADE e sua atuação em casos reais neste equilíbrio necessário

entre princípios constitucionais que, muitas vezes, se mostram conflitantes, no entanto em razão do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, deverão ocorrer a interação e compatibilização dos referidos princípios.

Palavras chave: Livre concorrência; defesa do consumidor; abuso do poder econômico.

A UTILIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO PARA QUESTIONAR E OBRIGAR A ADMINISTRAÇÃO A DESENVOLVER POLÍTICAS PÚBLICAS

Gilberto Ferreira da ROCHA

Esta dissertação preconiza a utilização do Judiciário para cobrar, por meio de ações judiciais, a implementação de políticas públicas sociais tendentes à realização dos objetivos constitucionais do Estado brasileiro, sobretudo o da dignidade da pessoa humana, sem que isto implique em qualquer ofensa ao princípio da separação dos poderes ou à discricionariedade administrativa, não servindo, como argumento para afastar o controle judicial das políticas públicas, a chamada “reserva do possível”. O propósito, então, é de repensar o papel político do Judiciário num Estado Democrático Social de Direito, onde o Poder Público, aqui entendido como Executivo e Legislativo, tem fracassado na tarefa de garantir o gozo e fruição dos “direitos fundamentais sociais”, consagrados na Constituição Federal, e que demandam uma prestação positiva do Estado. Defende-se que, por meio de ações judiciais, seria possível, por exemplo, fazer com que o Administrador Público crie vagas no ensino de primeiro grau, que construa creches para crianças de zero a seis anos, que melhore o transporte coletivo, amplie a distribuição de remédios e serviços de saúde aos carentes, entre outras providências. Nessa ordem de ideias impõe-se uma mudança de paradigma a fim de que os estudiosos do Direito, sobretudo os magistrados, deixem de lado a postura meramente positivista calcada na doutrina do Estado Liberal, atrelada à doutrina constitucional tradicionalista, passando a adotar uma interpretação constitucional, de cunho mais aberto e principiológico, consentânea com a realidade brasileira, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido, buscando atingir, dessa forma, por meio da atividade jurisdicional, os fundamentos e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos nos Arts. 1º e 3º da Constituição Federal, especialmente a dignidade da pessoa humana e a erradicação da pobreza, da marginalização, e a redução das desigualdades sociais e regionais. Nesse desiderato, releva anotar que o tema é tão importante como complexo, de modo que buscar-se-á, no decorrer do presente trabalho, focar os pontos cruciais da questão e chamar a atenção para um dos maiores desafios da atualidade, qual seja, o de conferir efetividade e aplicabilidade imediata aos “direitos fundamentais”, de acordo com o § 1º do Art. 5º da Constituição Federal, para a concretização plena dos direitos sociais prestacionais, por meio de políticas públicas vinculantes não só para o Legislador

e para o Administrador, mas também para o Judiciário, que em última análise é o guardião da Constituição Federal.

Palavras-chave: judiciário; políticas públicas; reserva do possível; separação dos Poderes.

INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA: POLÍTICAS PÚBLICAS E RESPONSABILIDADE SOCIAL NO TERCEIRO SETOR

Heraldo Felipe de FARIA

O *tema* da presente dissertação são as transformações do Estado de Direito Moderno e suas relações com o neoliberalismo, sobretudo no contexto da globalização econômica e financeira. A *delimitação do tema* acontece a partir da abordagem crítica, ou seja, delimita-se a questão do Estado dando ênfase somente à manifestação moderna do poder; delimita-se o neoliberalismo ao se focar nas suas reformas estruturais com relação ao Estado e à Constituição. Tal análise crítica tem o objetivo de desmistificar o uso ideológico dos incentivos e da responsabilidade social do terceiro setor. O *objetivo geral* do trabalho é justamente fazer uma reflexão crítico-reflexiva do padrão neoliberal de tratamento da questão social, inserindo-o no contexto do Estado Democrático de Direito, do Neoconstitucionalismo e da “era dos princípios”, sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual deve ser considerado o fundamento do ordenamento jurídico. O *problema* ganha a seguinte configuração: como pode ser possível o paradoxo da Constituição, ou seja, que no mesmo período de sua criação, quando se determinou um Estado Democrático de Direito, no cenário internacional expandia-se o pensamento neoliberal? As *conclusões* são as seguintes: as reformas estruturais aplicadas pelos governos Collor, FHC e Lula foram as responsáveis pelo desmonte do Estado e sua fraqueza no tratamento da questão social, fraqueza que se identifica no debate sobre os incentivos fiscais e sobre a responsabilidade social do terceiro setor. A Constituição dirigente e o princípio da dignidade da pessoa humana ainda podem ser alternativas diante do cenário de Estado Mínimo. No cenário neoliberal e globalizado, os incentivos públicos muitas vezes representam meramente uma transferência de responsabilidade e de verbas para o setor privado. O conceito de terceiro setor deve ser desmistificado, pois ele representa uma falsa alternativa no tratamento do dualismo público e privado é uma perda de espaços públicos democráticos para o exercício pleno da cidadania.

Palavras-chave: estado democrático de direito; neoliberalismo; ordem econômica; princípio da dignidade da pessoa humana; incentivos públicos; Terceiro Setor.

CONFLITOS JURÍDICOS DERIVADOS DAS RELAÇÕES DE CONSUMO NAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS: UMA PERSPECTIVA INTEGRADA

Fernando Vidotti FAVARON

O tema proposto consiste no enfrentamento de questões jurídicas passíveis de serem originadas no dia-a-dia dos cidadãos, buscam-se equacionar as demandas sociais com a depuração dos conflitos de interesses por meio da processualística e dos meios alternativos para resolução de conflitos. O tema fez surgir várias problemáticas que poderiam ser consideradas no centro da atenção de estudos teóricos e práticos; entre elas algumas conduziram a pesquisas estritamente dogmáticas e outras de natureza sócio-jurídica. O objetivo da pesquisa é identificar os fatores que mais incidem negativamente no grau de viabilidade da processualística com o objetivo de dar segurança aos empreendimentos econômicos e aos usuários. Também visa-se a contextualização do direito material, objeto dos conflitos jurídicos derivados das relações de consumo em face da concessão de serviço público, e à caracterização dos meios, instrumentos e institutos utilizáveis para a resolução dos conflitos jurídicos. Tais conflitos derivam essencialmente da maneira em que são compreendidos os direitos das partes. Enquanto alguns defendem que os concessionários devem agir com certa liberdade e autonomia porque são apoiados pelos poderes do Estado, outros defendem o valor dos direitos reconhecidos aos consumidores num sistema jurídico que tem como centro o cidadão. Portanto, há que se destacar a intervenção do Poder Público sob a forma de regulação e fiscalização na concessão de serviço público, ou seja, um controle das atividades econômicas. A resolução dos conflitos depende dos mecanismos disponíveis, isto é, dos meios e recursos que as partes têm a disposição no Direito para representar e defender seus interesses, sobretudo porque a resolução incide sobre o empreendimento econômico e as estruturas sociais. Esta pesquisa está voltada objetivamente para oferecer soluções práticas, tendo em vista as constantes reclamações advindas da população usuária de serviço público.

Palavras-chave: conflitos jurídicos; concessão; serviço Público, consumidor, processo, métodos alternativos.

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

1 - OBJETIVOS:

O Programa de Mestrado em Direito tem por meta realizar os seguintes objetivos:

- Qualificar habilidades, aprofundando níveis de compreensão e aptidão para captar a complexidade e dinâmica do fenômeno jurídico;

- Concentrar a investigação científica a partir dos núcleos temáticos contidos na área de concentração e especificados nas linhas de pesquisa ,contemplando a articulação interdisciplinar;

- Gerar mudanças capazes de oportunizar a atuação do profissional do direito no ensino jurídico contemporâneo, em face das tendências decorrentes do processo de globalização e disseminação das inovações tecnológicas;

- Implementar e divulgar o conhecimento científico, cultural e tecnológico, gerado no programa, dando prioridade à produção científica e consequente divulgação, visando fornecer aos mestrandos subsídios para expandir e aprofundar conhecimentos técnicos na área de concentração.

2 - ÁREA DE CONCENTRAÇÃO:

EMPREENHIMENTOS ECONÔMICOS, DESENVOLVIMENTO
E MUDANÇA SOCIAL

3 - LINHAS DE PESQUISAS:

A linha de pesquisa tem por escopo proporcionar as condições necessárias à reflexão da temática que comanda o programa, a partir de sua área de concentração.

Linha de Pesquisa 1 – Relações Empresariais, Desenvolvimento e Demandas Sociais

Esta linha abarca as pesquisas que dizem respeito ao desenvolvimento econômico a partir do papel a ser desempenhado pela empresa, tendo por norte as demandas provenientes da sociedade brasileira.

Linha de Pesquisa 2 – Empreendimentos Econômicos, Processualidade e Relações Jurídicas

Esta linha de pesquisa está vocacionada à cobertura do segundo vértice que deve sustentar a área de concentração, estando presentes, aqui, as possibilidades de reflexão acerca da dinâmica jurídica que se fazem presentes nas relações empresariais, nas relações de consumo e nas relações entre Estado e a Empresa.

4 - DURAÇÃO DO CURSO:
De 24 a 30 meses.

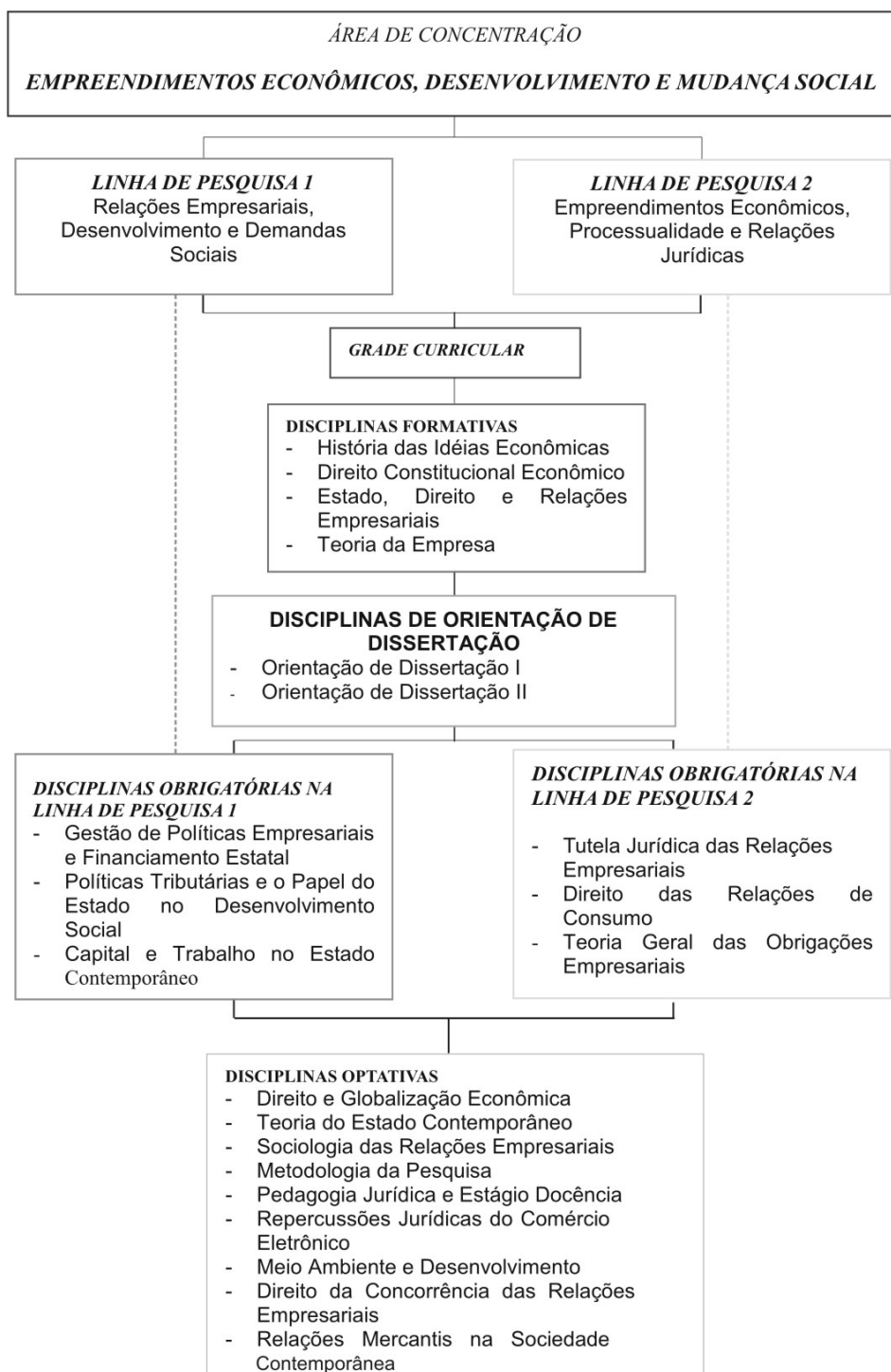
5 - NÚMERO DE VAGAS:
Serão ofertadas 25 (vinte e cinco vagas).

6 - OBTENÇÃO DO TÍTULO DE MESTRE:

Para concessão do título de Mestre, além do cumprimento das demais exigências regimentais, o mestrando deverá prestar e ser aprovado no Exame de Qualificação e no Exame de Proficiência em uma das seguintes Línguas Estrangeiras: Inglês e Espanhol e Italiano. Deverá apresentar, defender e ser aprovado na Dissertação de Mestrado realizada de acordo com as normas regimentais.

7 - SITUAÇÃO INSTITUCIONAL:
Curso recomendado pela CAPES/MEC.

8 – ORGANIZAÇÃO CURRICULAR:



9 - CORPO DOCENTE PERMANENTE E CONVIDADO:

9.1 - Corpo Docente permanente:

Profa. Dra. Adriana Migliorini Kieckhöfer - Doutora em Engenharia da Produção - UFSC/SC - área de concentração: Gestão Ambiental

Prof. Dr. José Luiz Ragazzi – Doutor em Direito – PUC SP, com especialidade em direito do consumidor.

Prof. Dr^a. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira – Doutora em Direito das Relações Sociais – PUC/SP, com especialidade em Direito Civil /Direito Obrigacional/Direito Negocial.

Prof. Dr. Lourival José de Oliveira - Doutor em Direito das Relações Sociais – PUC/SP, com especialidade em Direito do Trabalho.

Prof. Dr^a. Maria de Fátima Ribeiro – Doutora em Direito do Estado – PUC/SP, com especialidade em Direito Tributário e Direito Constitucional.

Profa. Dra. Marlene Kempfer Bassoli - Doutora em Direito do Estado – PUC/SP, com especialidade em Direito do Estado e Gestão de Políticas Públicas.

Prof. Dr. Oscar Ivan Prux – Doutor em Direito do Estado – PUC/SP, com especialidade em Direito do Consumidor.

Prof. Dr. Paulo Roberto Pereira de Souza – Doutor em Direito – PUC/SP, com especialidade em Direito Ambiental.

Prof. Dr. Ruy de Jesus Marçal Carneiro – Doutor em Direito do Estado – PUC/SP , com especialidade em Direito Constitucional e Constitucional Econômico.

Profa. Dra. Soraya Regina Gasparetto Lunardi - Doutora em Direito Constitucional - PUC/SP - área de concentração: Direito Constitucional Econômico - Coordenadora do Curso de Mestrado em Direito da UNIMAR.

Prof. Dr^a. Suely Fadul Villibor Flory – Doutora em Letras – UNESP, com especialidade em Metodologia da Pesquisa Científica e Comunicação.

Prof. Dr^a. Walkiria Martinez Heinrich Ferrer – Doutora em Educação – UNESP, com especialidade em Metodologia do Ensino.

9.2 – Corpo docente convidado:

Prof. Dr. Francisco Pinto Rabello Filho – Doutor em Direito do Estado – UFPR, com especialidade em Direito do Estado/Tributário.

Prof. Dr. Jonatas Luiz Moreira de Paula – Doutor em Direito - UFPR/PR, com especialidade em Direito Processual Civil.

Prof. Dr. Luiz Otavio Pimentel – Doutor em Direito – UFSC, com especialidade em Direito da Concorrência, e Direito Industrial.

Prof. Dr. Dimitri Dimoulis – Doutor em Direito – Universidade de Sarre (Alemanha), com especialidade na área de Direito Constitucional e Direitos Humanos.

Prof. Dr^a. Maria Christina de Almeida – Doutora em Direito Civil – UFPR, com especialidade em Teoria Geral do Direito Civil.

Prof. Dr. Nelson Borges – Doutor em Direito – UFPR, com especialidade em Direito Obrigacional e Direito de Empresa.

Prof. Dr. Richard Paulo Pae Kim - Mestre em Direito Econômico e Financeiro e Doutor em Direito Administrativo pela USP, com especialidade em Direito Obrigacional e Empresas.

10 - PROCESSO DE SELEÇÃO:

O processo seletivo constará de:

PROVA ESCRITA DISSERTATIVA

ENTREVISTA

CURRICULUM VITAE

- INFORMAÇÕES:

As inscrições serão realizadas na Secretaria do Programa de Mestrado em Direito Bloco II – Campus Universitário – Faculdade de Direito, no horário das 14h00min às 17h30 e das 19h00 às 22h00, de Segunda à Sexta-feira.

Previsão para abertura de novo processo seletivo em outubro e novembro de cada ano.

Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito

Prof^aDr^a Soraya Regina Gasparetto Lunardi

Secretaria do Programa de Mestrado em Direito

Faculdade de Direito – Bloco II

Endereço:

Av. Higyno Muzzi Filho nº 1001 – CEP 17.525-902 – MARILIA – SP
Campus Universitário

Telefones: (14) 2105-4028

E-mail: : propos@unimar.br

Home page <http://www.unimar.br>

Pró-Reitoria de Pós-Graduação
Secretaria: Telefax (14) 2105-4100
E-mail: propos@unimar.br
Home Page: <http://www.unimar.br>

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

A Revista ARGUMENTUM tem como objetivo divulgar trabalhos elaborados pelo corpo docente e discente da Faculdade de Direito da UNIMAR, assim como de estudiosos do direito e das ciências sociais de outras Universidades e Centros de Pesquisa.

A Revista só avalia trabalhos *inéditos*. Podem se trabalhos de doutrina, de pesquisa empírica, resenhas e comentários de jurisprudência.

1. Os trabalhos de doutrina e pesquisa devem incluir:

- a) Título (em português e inglês)
- b) Nome do autor e breve CV (em nota de rodapé)
- c) Resumo de até 250 palavras em português e inglês
- d) Palavras-chave em português e inglês.

2. As referências bibliográficas devem ser uniformizadas, seguindo as normas vigentes da ABNT.

3. Transcrições de até três linhas devem ser encerradas entre aspas duplas. Transcrições com mais de três linhas devem ser destacadas com recuo de 4 cm da margem esquerda, com letra menor que a do texto utilizado e sem aspas

4. Os trabalhos devem ser encaminhados ao Conselho Editorial da Revista por email: mestradodireito@unimar.br ou no endereço postal:

UNIMAR, Secretaria do Programa de Mestrado em Direito
Av. Higyno Muzzi Filho nº 1001
Campus Universitário - Bloco II
17525-902 – MARÍLIA – SP.

5. Todos os trabalhos serão analisados por dois avaliadores externos *ad hoc* com o sistema *double-blind-peer-review*, assim como pelo Conselho Editorial. Os que precisarem de modificações serão devolvidos com as respectivas sugestões.

6. A Revista reserva-se o direito de não publicar trabalhos enviados.



Papel Reciclado: a Universidade de Marília preservando o meio ambiente.