

Direito
Empresarial
Contemporâneo

Direção Geral

Henrique Villibor Flory

Supervisão Geral de Editoração

Benedita Aparecida Camargo

Diagramação

Rodrigo Silva Rojas

Capa

Rodrigo Silva Rojas

Revisão

Gelson Costa

Conselho Editorial Acadêmico

Coordenação Geral

Suely Fadul Villibor Flory

Ana Gracinda Queluz – UNICSUL

Anamaria Fadul – USP/UMESP

Antonio Celso Ferreira – UNESP

Antonio Hohlfeldt – PUC-RS

Antonio Manoel dos Santos Silva – UNESP/ UNIMAR

Arilda Ribeiro – UNESP

Benjamim Abdala Junior – USP

Jussara Suzi A. Nasser Ferreira – UNIMAR

Letizia Zini Antunes – USP/UNESP

Levino Bertan – UNICAMP/UNOESTE

Lucia Maria Gomes Corrêa Ferri – UNESP/UNOESTE

Maria Aparecida Brando Santilli – USP/ CEE

Maria de Fátima Ribeiro – UNIMAR

Maria do Rosário Gomes Lima da Silva – UNESP

Raquel Lazzari Leite Barbosa – UNICAMP/UNESP

Romildo A. Sant’Anna – UNESP/UNIMAR

Soraya Regina Gasparetto Lunardi – UNIMAR

Sueli Cristina Marquesi – PUC-SP

Tereza Cariola Correa – USP/UNESP

Terezinha de Oliveira – UNESP/UEM

Organizadoras:
Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira
Maria de Fátima Ribeiro

Direito Empresarial Contemporâneo

AC
ARTE & CIÊNCIA
EDITORA

2007

© 2007 by Autor(a)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Acácio José Santa Rosa (CRB - 8/157)

D 85

Direito empresarial contemporâneo/ Jussara S.A. Borges Nasser Ferreira/Maria de Fátima Ribeiro, organizadoras – Marília: UNIMAR, São Paulo: Arte & Ciência, 2007
p. 402, 21 cm

Obra coletiva

ISBN - 978-85-61165-08-6

1. Direito empresarial. 2. Direito civil. 3. Direito brasileiro. 4. Direito privado e função social. 5. Globalização. 6. Economia e blocos econômicos. 7. Estatuto da cidade, Lei n. 10.257/01. Estado de direito. 9. Intervenção do Estado – Situações econômicas. I. Ferreira, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. II Ribeiro, Maria de Fátima.

CDD - 346.065
- 346.0664
CDU - 342.9
- 347.51

Índices para catálogo sistemático

1. Administração de empresas: Direito 346.065
2. Direito Civil 346.0664
3. Globalização: Argumentos legais: Direito empresarial 346.065
4. Direito econômico 346.065
5. Direito administrativo: 342.9
6. Empresas: Formas de relacionamentos: Direito 347.51

Proibida toda e qualquer reprodução desta edição por qualquer meio ou forma, seja ela eletrônica ou mecânica, fotocópia, gravação ou qualquer meio de reprodução, sem permissão expressa do editor.

Todos os direitos desta edição, em língua portuguesa, reservados à Editora Arte & Ciência

Editora Arte & Ciência
Rua Treze de Maio, 71 – Bela Vista
São Paulo – SP - CEP 01327-000
Tel.: (011) 3258-3153
www.arteciencia.com.br

Editora UNIMAR
Av. Higyno Muzzy Filho, 1001
Campus Universitário - Marília - SP
Cep 17.525-902 - Fone (14) 2105-4000
www.unimar.com.br



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

Sumário

Prefácio	7
Apresentação.....	11
Capítulo 1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E A NOVA TEORIA CONTRATUAL Alcides MATTIUZO JUNIOR Maria Aparecida GAGLIARDI	19
Capítulo 2 DIREITO CIVIL E ORDEM PÚBLICA NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL Gustavo TEPEDINO	45
Capítulo 3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E IMUNIDADES FISCAIS: ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL Josiane de Campos Silva GIACOVONI Soraya Regina Gasparetto LUNARDI.....	61
Capítulo 4 FUNCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E FUNÇÃO SOCIAL Jussara Suzi Assis Borges Nasser FERREIRA.....	79
Capítulo 5 O BRASIL NO CONTEXTO DAS RELAÇÕES ECONOMICAS INTERNACIONAIS: REALIDADES E PERSPECTIVAS Laércio Rodrigues de OLIVEIRA.....	109

Capítulo 6

DIREITO EMPRESARIAL, GLOBALIZAÇÃO E O DESAFIO DAS NOVAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Lourival José de OLIVEIRA.....137

Capítulo 7

A PROGRESSIVIDADE TEMPORAL DO IPTU NO ESTATUTO DA CIDADE: REFLEXOS NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Maria de Fátima RIBEIRO173

Capítulo 8

DEVER DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA POR MEIO DA FUNÇÃO NORMATIVA

Marlene Kempfer BASSOLI.....209

Capítulo 9

A CONFLITUOSIDADE AMBIENTAL DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Paulo Roberto Pereira de SOUZA.....249

Capítulo 10

REFLEXÕES SOBRE A LIVRE INICIATIVA COMO UM DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Ruy de Jesus Marçal CARNEIRO.....307

Capítulo 11

A SOBERANIA NO PROCESSO DE GLOBALIZAÇÃO: TRADICIONAIS CONCEITOS E SEUS NOVOS PARADIGMAS

Walkiria Martinez Heinrich FERRER

Jacqueline Dias da SILVA335

Sobre os autores399

PREFÁCIO

As relações sociais passam por transformações tantas quantas a própria sociedade. O direito, por reconhecê-las, legitima ao mesmo tempo em que é legitimado, pelo que se transforma.

Hodiernamente, as modificações de eixos aproximam os direitos públicos e privados, reunindo os interesses “côncavos” e “convexos” por conta da consciência definidora da finalidade social de todos os direitos. Enfim, as reflexões emergem para além da legalidade, visando a frequentar para desvendar – a questão derradeira, última, porém primeira – o fim que se faz princípio.

O desenvolvimento econômico, as relações jurídicas e mudanças sociais no Estado Democrático de Direito e Social são, presentemente, apreendidos a partir de seus fins.

A metodologia jurídica finalística conduz à compreensão dos textos jurídicos, voltados para uma interpretação possibilitadora, de acordo com o pensamento jurídico pós-moderno, dirigida para a concretização do direito. Há uma consciência coletiva direcionada à realização dos princípios vitais ao equilíbrio das relações jurídicas, enquanto valores, capazes de conduzir à realização de um outro valor de invocação permanente – a justiça social. Sob tal orientação, os direitos são, igualmente, influenciados pela pluralidade do fenômeno jurídico, emergindo novas possibilidades de diálogos, interpretações renovadoras do velho modelo da subsunção do fazer e do aplicar o direito.

Nesse contexto de muitos movimentos, desconsertos e consertos, o direito empresarial vem sendo redimensionado pelo conjunto das transformações havidas, determinadas pela conscientização da necessidade da tutela dos interesses sociais.

Certa feita, um grupo de estudiosos sonhou desfiar contas. E desfiaram contas. Por fim, contaram contas. Algumas colhidas nas ondas dos direitos individuais, dos sociais, dos coletivos, outras nas desigualdades sociais e algumas nas transformações reais das relações sociais. Então, imaginaram contar um pouco do desfiar, indispensável ao tear de novas contas.

A obra **Direito Empresarial Contemporâneo** reúne artigos que têm como objeto o resgatar da evolução, os debates recentes, os rumos e tendências desse subsistema, dentre outros, profundamente enriquecido pelas significativas transformações ocorridas no universo jurídico.

Para tratar dos relevantes e atuais perfis temáticos do **Direito Empresarial Contemporâneo**, os autores revezam-se em abordagens detidas, inéditas, dos muitos temas, próprios das novas concepções.

Estilos diferentes, especialidades diversas, permitem aos articulistas desfiarem suas contribuições, de maneira original, reunindo pela vez primeira, os profissionais de várias áreas do conhecimento jurídico, das ciências sociais e da economia, para analisarem, separadamente, mas em conjunto, as especificidades mais atuais, polêmicas e relevantes desta seara, a um só tempo, pública e privada.

O moderno direito empresarial representa *locus* privilegiado concentrando relações jurídicas pluridimensionais, possibilitando o desenvolvimento de um conjunto de interações, conduzindo a perspectivas funcionais, facilitadoras da compreensão das complexidades próprias das relações sociais no contexto atual.

Com efeito, a conseqüente projeção metodológica caracterizadora do pensamento jurídico e absorvida pelo ambiente empresarial, possibilita o afastamento do formalismo. As novas concepções afastam-se das texturas, exclusivamente, técnicas na busca de resultados práticos dirigidos a um dado fim. Assim deve ser compreendida a ree-

laboração do subsistema considerado, naturalmente, em sua dimensão constitucional para permitir realização adequada e justa do modo de operar, concretizando os legítimos e plurais interesses.

O conjunto de artigos que compõem a obra têm em comum a abordagem crítico-reflexiva do modelo metodológico contemporâneo, destacado nas palavras de Castanheira Neves:

O objetivo é o de convocar o pensamento jurídico (encarne ele no legislador, no juiz ou no jurista em geral) para a preparação ou definição, através do direito, das soluções socialmente mais convenientes – não as soluções axiológico-normativamente válidas e normativamente fundadas e sim as soluções finalístico-programaticamente mais oportunas ou úteis e instrumentalmente adequadas ou eficazes – no pressuposto de uma básica preferência pela pragmática utilidade (e sua racional eficiência) relativamente à axiológica justiça.

Por fim, a publicação assume o compromisso com a investigação de temas, objeto de debates e reflexões acerca das complexidades formadas pelos mais diversos perfis do Direito Empresarial. Busca-se desvelar questões específicas e multidimensionais por ocuparem o centro dos principais debates, na atualidade, voltados a desvendar as relações e os laços constitutivos dos novos caminhos, da função e das realizações desse ramo do direito que não se esgota nestes estudos correlacionais, os quais, bem por essas razões, representam exercícios de permanente interlocução.

Marília, outubro, 2007.

Profa. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira

Organizadora

APRESENTAÇÃO

O Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR lança a público a obra **Direito Empresarial Contemporâneo**, que conta com a participação dos seus professores *Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira, Lourival José de Oliveira, Maria de Fátima Ribeiro, Marlene Kempfer Bassoli, Paulo Roberto Pereira de Souza, Ruy de Jesus Marçal Carneiro, Soraya Regina Gasparetto Lunardi e Walkiria Martinez Heinrich Ferrer*.

Os textos são comemorativos aos três anos de implantação do Programa na área de concentração Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social, demonstrando a disseminação de resultados dos projetos e dos grupos de pesquisa desenvolvidos nas seguintes linhas de pesquisas Relações Empresariais, Desenvolvimento e Demandas Sociais e Empreendimentos Econômicos, Processualidade e Relações Jurídicas.

Convidados, também participam os professores *Alcides Mattiuzo Junior, Gustavo Tepedino, Jacqueline Dias da Silva, Josiane de Campos Silva Giacovoni, Laércio Rodrigues de Oliveira e Maria Aparecida Gagliardi*.

A obra composta por onze capítulos aborda as temáticas de relevância no Direito Empresarial contemporâneo com destaques de autores no cenário jurídico nacional, que enfrentaram os temas com propriedades peculiares e particulares tratamentos, conforme suas especialidades profissionais e atuação acadêmica. Os textos, ora elaborados com embasamento em doutrina nacional e estrangeira e análise jurisprudencial, demonstram o resultado do alto nível de elaboração científica atingido pelo Direito Empresarial.

Entre os docentes do Programa de Mestrado em Direito da UNIMAR, pontua, por primeiro este Livro, a professora **Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira**, como uma das organizadoras desta Obra. A

Professora Jussara trata da *Funcionalização do Direito Privado e Função Social* destacando com propriedade, a temática sobre a função social e a constitucionalização, a função social do contrato, do Código Civil, da Empresa e da propriedade com destaque para a funcionalização do direito, fim social e bem comum. Ela nos convida a uma reflexão sobre a temática, quando revela que “a função social como princípio constitucional, ao limitar institutos clássicos do direito, redireciona o conceito de sujeitos do direito para focar as muitas titularidades consideradas, obrigatoriamente, a partir das bases principiológicas indispensáveis à eficácia social da dimensão da funcionalização, introduzindo postura metodológica que conduz para uma compreensão trina, referente ao contrato, à empresa e a propriedade”. Entre outras afirmativas, ressalta a autora que a realização social do direito depende da realização de seus próprios fins sociais, as mudanças sociais e o próprio desenvolvimento do direito restam comprometidos.

A professora **Marlene Kempfer Bassoli**, com o tema *Dever de Intervenção do Estado na Ordem Econômica por meio da função normativa*, à luz da atribuição constitucional, demonstra que o Estado está sujeito aos limites da intervenção, das antijuridicidades e das sanções jurídicas. Os princípios constitucionais indicam valores e normas jurídicas à espera do processo de positivação, para, assim, alcançar o patamar das relações humanas, uma vez que esse é o nível no qual se pode constatar a efetividade do Direito. Adianta a autora que a intervenção do Estado, por meio da função normativa, deve ser para indicar as condutas permitidas, proibidas ou obrigatórias. Conclui, que somente com a intervenção estatal será possível enfrentar as deficiências constatadas durante o período em que o modelo do liberalismo econômico se fez presente nas relações econômicas. Se assim é, então a intervenção é um dever e o seu descumprimento é antijuridicidade, arremata a autora.

Reflexões sobre a Livre Iniciativa como um dos Princípios Fundamentais da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático é o tema abordado pelo Professor **Ruy de Jesus Marçal Carneiro**. Inicialmente, tece considerações sobre a livre iniciativa como um dos princípios fundamentais do Estado Democrático. Afirma que se for afrontada, toda estrutura estatal ruirá. Destaca que a livre iniciativa deve trazer ínsita na sua formação um valor social, pois, só assim, ela se dará e aparecerá na sua plenitude, tal como aparece na relação ao trabalho, como valores sociais. Por fim, no seu exercício, na sua operação e na sua aplicação, ressalta que a livre iniciativa deve respeitar os ditames de uma resposta social, tanto nos seus aspectos mercantis, quanto naqueles de conteúdo de ordem moral. Reafirma que o objetivo da empresa não deve ser o lucro pelo lucro, mas que a empresa deve cumprir sua função social, devendo o Estado fiscalizar os desvios que desbordem suas práticas mercantis honestas e corretas sob o ponto de vista social e dos bons costumes.

Por sua vez, o professor **Lourival José de Oliveira** desenvolve um estudo acerca da discussão doutrinária sobre o *Direito Empresarial, Globalização e o Desafio das Novas Relações de Trabalho*, iniciando pela análise do Direito Empresarial no processo de globalização e seus reflexos nas relações de trabalho. Destaca que, atualmente, empresa passa por um novo conceito, e, com ela, também o trabalho, o desemprego e a forma de o homem produzir a sua vida. Assevera que o Estado atua cada vez menos no trato das relações sociais e que as competências que lhe eram próprias e que são redistribuídas por toda a sociedade, fazem surgir novas formas de relacionamento. Demonstra, também, que, com o avanço tecnológico, foram criadas ideologias mercadológicas como a necessidade de redução de custos para fins de obtenção de maior lucro. Com isso, ressalta que um dos maiores desafios da

atualidade é o resgate do homem por meio da socialização dos meios de produção, da construção de um meio ambiente empresarial que reconstrua os valores sociais do trabalho e que conduza para o crescimento da participação coletiva, criando-se um substrato para a efetivação de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

No texto *A Conflituosidade Ambiental do Desenvolvimento Econômico*, o professor **Paulo Roberto Pereira de Souza** analisa os conflitos existentes entre o desenvolvimento econômico e o preceito constitucional que garante a todos o direito à vida com qualidade, já que o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental, diante de sua natureza e importância para a sobrevivência da espécie humana. A proteção do meio ambiente exige do homem a formulação de novos conceitos econômicos, tecnológicos e jurídicos, para possibilitar a continuidade da vida no planeta, especialmente para as gerações futuras. Isso exige das empresas uma nova postura de respeito ao meio ambiente, salienta o professor. A nova postura leva à internalização do custo ambiental. Finaliza, destacando, entre outros aspectos, que o estabelecimento de limites ao crescimento com vistas à obtenção de sustentabilidade não ofende direitos fundamentais, uma vez que, diante do princípio da proporcionalidade, é lícito e justo sacrificar o interesse individual diante do interesse coletivo. E isso deve ocorrer porque não há crescimento econômico que justifique o comprometimento da qualidade de vida.

Por meio de análise crítica e com fundamentos doutrinários, **Josiane de Campos Silva Giacomoni** e **Soraya Regina Gasparetto Lunardi**, avaliam duas jurisprudências do Supremo Tribunal Federal, no texto *Controle de Constitucionalidade e Imunidades Fiscais: Análise doutrinária e jurisprudencial*. Enfatizam a relação das imunidades fiscais com os direitos fundamentais e as possibilidades de limitação

ou abolição previstas na Constituição Federal por meio de Emenda Constitucional. Merece destaque a discussão doutrinária feita pelas autoras a respeito das imunidades tributárias como cláusulas pétreas, principalmente em razão da matéria que veiculam. Pautadas nas jurisprudências, observam que é necessário um minucioso trabalho de interpretação constitucional, devendo considerar-se a doutrina e a jurisprudência nacionais bem como as experiências no direito estrangeiro que poderão indicar a melhor interpretação e, concretamente, a relação das imunidades tributárias constitucionalmente previstas como cláusulas pétreas inseridas no artigo 60 da Constituição Federal.

Em continuação às temáticas abordadas nesta obra, merecem destaques os escritos sobre *A Soberania no Processo de Globalização: Tradicionais conceitos e seus novos paradigmas*, elaborados pelas autoras **Walkiria Martinez Heinrich Ferrer** e **Jacqueline Dias da Silva**, que têm como propósito apresentar estudos sobre o desenvolvimento do conceito clássico de soberania, observado nos contextos político, econômico e social e suas características de cada momento histórico. Dessa forma, analisaram o conceito de soberania no período absolutista passando pelas teorias de Bodin e Hobbes e por autores liberais como Locke e Rousseau. Com a nova ordem mundial, concluem que é necessário reformular o conceito de soberania principalmente por causa da transformação do papel do Estado na atualidade em razão das transformações nas relações internacionais provocadas pelo processo de globalização, flexibilizando o respectivo conceito.

Encerrando a participação docente da UNIMAR, destaca-se o texto sobre *A Progressividade Temporal do IPTU no Estatuto da Cidade: Reflexos no Desenvolvimento Econômico* escrito por esta Organizadora, que enfoca a concepção contemporânea da progressividade das alíquotas incidentes sobre o Imposto Predial e Territorial Urbano. Tal tribu-

tação leva em consideração as inovações dispostas na Lei nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade) com vistas ao planejamento urbano para garantir o cumprimento da função social da cidade diante do desenvolvimento econômico, com a progressividade extrafiscal no tempo, considerando a subutilização ou não utilização do imóvel conforme dispõe o Plano Diretor do Município. Ressalta a importância das alterações na tributação do IPTU ocorridas com a Emenda Constitucional 29/2000, a qual possibilitou a aplicação da progressividade de alíquotas em razão da localização ou do valor do imóvel. Conclui, também, que a progressividade extrafiscal do IPTU poderá consistir em instrumento com a finalidade de atender ao crescimento ordenado da cidade, atendendo, ainda, aos aspectos sociais, para que o imóvel urbano cumpra sua função social, criando, assim, ordem no crescimento da cidade e melhorando a qualidade de vida dos munícipes.

Quanto aos autores convidados que integram a presente Obra, o destaque inicial é a participação do professor **Gustavo Tepedino**, referência para todos nós. Defensor de idéias e teses sobre o Direito Civil, enfatiza o *Direito Civil e Ordem Pública na Legalidade Constitucional*, destacando a interferência da Constituição no âmbito, antes reservado à autonomia privada, uma nova ordem pública que deve ser construída, coerente com os fundamentos e objetivos fundamentais da República. Finaliza seus escritos enfatizando que o desafio do jurista consiste, precisamente, na harmonização das fontes normativas, a partir dos valores e princípios constitucionais, e que, o Código Civil deve contribuir para tal esforço hermenêutico. Portanto, as relações jurídicas de direito privado devem ser interpretadas à luz da Constituição, seja em obediência às escolhas político-jurídicas do constituinte, seja em favor da proteção da dignidade, princípio capaz de conformar um novo conceito de ordem pública, fundado na solidariedade social e na plena realização da pessoa humana.

Nessa mesma trilha, ao tratar sobre *A Constitucionalização do Direito Civil e a nova Teoria Contratual*, **Alcides Mattiuзо Junior e Maria Aparecida Gagliardi** ressaltam que, de todas as mudanças introduzidas no Código Civil, a adoção de um sistema aberto e a ampla utilização das cláusulas gerais talvez tenham sido uma das mais importantes, sobretudo diante do dinamismo a ser implementado com sua utilização. Isso permitirá ao hermenauta valorar os interesses envolvidos e, portanto, compreendidos na norma jurídica, de acordo com a realidade contemporânea. Analisando a legislação infraconstitucional numa perspectiva de interpretação civil-constitucional, salienta que o intérprete deve dar aos conflitos uma solução mais justa, sem jamais se olvidar da imprescindibilidade de se operar uma verdadeira releitura do direito privado, segundo a Constituição, para permitir a harmonização entre os princípios aplicáveis e a eventual prevalência de alguns direitos sobre outros. Dessa forma, atentos aos princípios aplicáveis aos contratos (boa-fé objetiva, equivalência material e função social) e ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, concluem os autores que não mais se admite a manutenção de contratos desprovidos de uma concepção social. Deve-se, afirmar eles, por meio da aplicação científica do sistema jurídico, e, sobretudo, da sua potencialização, de forma a torná-lo compatível com as exigências econômicas e sociais hodiernas, uma conciliação entre a liberdade e a igualdade.

Laércio Rodrigues de Oliveira destaca, em *O Brasil no contexto das Relações Econômicas Internacionais: Realidades e Perspectivas*, as relações econômicas do país com os principais blocos econômicos mundiais, passando pela análise do processo de globalização dos capitais produtivos e financeiros que ocorreram na primeira e segunda revolução industrial. Na seqüência aborda a evolução do comércio exterior e suas formas de regulação internacional com enfoques sobre os

blocos regionais econômicos destacando-se entre eles NAFTA, Pacto Andino, MERCOSUL e APEC. Verifica as influências da abertura econômica na economia brasileira no início dos anos 90, considerando a participação do Brasil nos blocos econômicos, suas dificuldades em relação ao comércio exterior e as perspectivas das relações comerciais em relação ao mercado mundial. Demonstra, ao final, que há necessidade de o Brasil desenvolver programas de investimentos contínuos em tecnologia de produtos e de gestão para melhoria da produtividade industrial, visando à competição bem sucedida dos produtos brasileiros internacionalmente. Lembra, ainda, a necessidade de o governo brasileiro para atrair investimentos e possibilitar o retorno do capital investido, deixa claro para os empresários, o rumo da política externa do país em relação aos blocos econômicos.

Os textos aqui produzidos mostram a interatividade entre os professores do Programa de Mestrado em Direito da UNIMAR e convidados, bem como a afinidade temática, considerando, sobretudo a formação jurídica, sociológica e econômica dos autores. Evidenciam, também, a combinação equilibrada de suas experiências profissionais e acadêmicas, notadamente com visão crítica que expõem neste Livro.

Esta obra inaugura o projeto editorial e seqüencial com propostas de outras obras a serem produzidas, para compilar estudos sistematizados de Direito e de Empreendimentos Econômicos pelo Programa de Mestrado em Direito da UNIMAR, que tem como singularidade o atendimento, por meio da abordagem de temas polêmicos e contemporâneos.

Marília, Primavera de 2007.

Profa. Maria de Fátima Ribeiro

Organizadora

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E A NOVA TEORIA CONTRATUAL

Alcides MATTIUZO JUNIOR

Maria Aparecida GAGLIARDI

No período que antecedeu à Revolução Francesa, as classes nobres gozavam de privilégios instituídos pelo poder unitário e absoluto que se concentrava nas mãos da coroa, pelo que o cidadão comum se via compelido a sucumbir perante o Estado Deus, na medida em que os seus direitos fundamentais eram demasiadamente limitados.

Com a queda da Bastilha e, em especial, com o advento do Código Civil Francês de 1804 (Código de Napoleão), o liberalismo adquire campo de atuação no cenário político e legislativo, surgindo assim o chamado Estado de Direito, cujo poder passou a emanar ideologicamente do povo, e o ordenamento jurídico, fulcrado no **codex** vigente, passou a ser dotado de completude e unicidade.

No entanto, a partir de 1880, o modelo individualista não mais se adequava à nova realidade política, social e econômica, essa última marcada pelo surgimento da indústria, transformação do comércio dela decorrente e, por conseqüência, proliferação do proletariado, acentuado ainda mais pelo distanciamento havido entre as classes dominantes e a operária. Realidade na qual a liberdade, conquistada e enaltecida num primeiro momento, passou a se tornar alvo de explorações, sobretudo aquelas advindas da predominância dos economicamente mais fortes sobre os mais fracos.

Aliados a esse fato, os reflexos ocasionados pela Primeira Guerra e também pela Grande Depressão de 1929 influenciaram sobremaneira para o declínio do modelo liberal-individualista, o que fez com que o Estado passasse a adotar uma postura intervencionista, precipu-

amente porque a igualdade prevalecente, substancialmente formal, era obtida a partir da abstração das desigualdades reais existentes entre os sujeitos, o que se tornou inadmissível para a nova ideologia jurídica e filosófica que começava a florescer.

Dessa maneira, a partir da Revolução Industrial e com o surgimento de novas figuras contratuais, surgiu o fenômeno da massificação das relações sociais, tornando o ordenamento jurídico até então vigente obsoleto e ineficaz diante das inovadoras espécies contratuais, haja vista a prevalência do brocardo *pacta sunt servanda*, que acabava por transformar os contratos em negócios jurídicos intangíveis.

Anote-se, a propósito, que foi em França, no ano de 1918 com a Lei Faillot, que ressurgiu a cláusula *rebus sic stantibus*, admitindo-se a revisão dos contratos, haja vista a instabilidade econômica instalada a partir da Primeira Guerra Mundial.

Naquela ocasião, depois de muita resistência, buscou-se resgatar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos que haviam sido celebrados antes da Grande Guerra, mormente levando-se em conta a grande incidência de convenções de vontade que tinham por objeto o fornecimento de carvão, motivada ainda mais pelo crescimento da indústria, mas cujo preço, contratualmente imutável, disparou substancialmente com o final do conflito.

A desproporcionalidade entre prestação e contraprestação demonstrou que não seria justo compelir os então fornecedores de carvão a cumprirem as obrigações que lhes cabiam, notadamente nos exatos termos que haviam sido estipuladas, o que, por si só, os conduziria ao empobrecimento.

E justamente em face de tais desequilíbrios, o Estado se viu compelido a intervir nas relações privadas, utilizando-se dos princípios de justiça social para nortear as relações privadas e, especialmente, a legislação infraconstitucional.

Esse retrospecto histórico culminou na transformação da visão até então liberal-individualista, para uma concepção social-humanista de contrato, motivada pela infiltração da justiça social no modelo liberal.

Hodiernamente, o hermeneuta deve interpretar o Código Civil em absoluta conformidade com a Constituição Federal, revigorando institutos de Direito Civil que se encontram afastados da realidade, de forma a torná-los compatíveis com as exigências sociais e econômicas contemporâneas.

No entanto, tal interpretação haverá de recair tão-somente sobre a legislação civil que, conquanto anterior, se mostre compatível com o Texto Maior, na medida em que o princípio de hermenêutica constitucional deriva justamente da presunção de constitucionalidade da lei, sem olvidar ainda que as normas e princípios constitucionais que fundamentam as relações civis possuem eficácia plena.

Há que promover, portanto, a uma verdadeira elevação dos princípios fundamentais do direito civil e, no caso do tema ora focado, dos contratos ao plano constitucional, mormente para condicionar a observância por todos e, sobretudo, a aplicação pelo juiz, da legislação infra-constitucional numa perspectiva de interpretação civil-constitucional.

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

A aplicação dos princípios constitucionais aos contratos, nessa ótica, se afigura como a forma mais autêntica de se promover concretamente a realização dos direitos e garantias individuais estabelecidos pela Constituição Federal, a fim de conduzir o juiz a uma valoração dos interesses envolvidos por meio da consideração da finalidade das regras que motivarão decisão judicial, na qual se discute questões de relevo constitucional.

Atento a tais fundamentos pondera Hart¹ que os juízes, como principais hermeneutas dos conflitos de interesses que lhes são suscitados, não estão confinados às alternativas de uma escolha cega e arbitrária, ou à dedução “mecânica” de regras com um sentido pré-determinado, especialmente porque, não raras vezes, a sua escolha é guiada pela consideração de que a finalidade das regras que estão a interpretar é razoável, razão pela qual não se pretende, a partir delas, criar injustiças ou ofender princípios morais assentes. Portanto, uma decisão judicial, sobretudo quando envolve questões constitucionais relevantes, pode deixar o intérprete envolto na necessidade de se proceder à escolha entre valores morais e não uma simples aplicação de um único princípio moral proeminente.

Assim, ao se sustentar a existência de um Direito Civil Constitucional, estar-se-á fazendo alusão a uma forma diversa de releitura do direito civil, fulcrada em uma nova ordem de idéias filosoficamente voltada à aplicação científica dos princípios constitucionais, quer como instrumento para pôr fim aos conflitos sociais, quer como meio para preservar o Estado democrático de direito.

John Rawls², analisando a teoria da justiça de forma unitária, concluiu que a sua parte ideal apresenta uma concepção de uma sociedade justa que, em sendo possível, há que ser buscada. Associado a isso, defende a idéia de que as instituições existentes devem ser julgadas à luz dessa concepção e consideradas injustas na medida em que dela se afastam sem raiz justificadora. Portanto, a “classificação lexical dos princípios especifica que elementos da teoria ideal são relativamente mais importantes, e as regras de prioridade sugeridas por essa ordena-

1 HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes, 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 220-221.

2 RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 269-170.

ção também devem aplicar-se a casos não ideais”. Desse modo, cabe aos juristas o dever natural de eliminar quaisquer injustiças, a começar pelas mais cruéis que são identificadas pela medida do seu desvio em relação à justiça perfeita.

Pode-se, então, afirmar que, diante da consideração de que os direitos fundamentais são direitos *prima facie*, é preciso estabelecer-se regras a fim de dirimir conflitos existentes no campo do direito civil e, assim, harmonizá-lo em consonância com os princípios constitucionais que, inegavelmente, penetram em todas as disciplinas, estabelecendo assim uma relação de prevalência de um direito em relação a outro, notadamente quando guarda respeito a valores não-patrimoniais, tais como a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva.

Convém registrar que, com a harmonização dos princípios e garantias contidos na ordem jurídico-positiva, tornar-se-á possível vislumbrar a importância de alguns princípios fundantes, deles extraindo a exata noção de igualdade, de dignidade da pessoa humana, dentre outros valores inexoráveis.

Como observa Karl Larenz³, a bússola das valorações do juiz pode ser vista “no *ethos* jurídico dominante na comunidade” nas “concepções dominantes de justiça”. Tal autor sustentava que o “*ethos* jurídico dominante” não consistia apenas numa soma de processos ao nível da consciência, mas no **conteúdo** de consciência de uma multiplicidade de indivíduos.

Para ele,

3 LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 173.

(...) as fontes de conhecimento desse ‘*ethos* jurídico dominante’ são, antes do mais, os artigos da Constituição relativos a direitos fundamentais, outras normas jurídicas, e ainda ‘proposições jurídicas fundamentais da actividade jurisprudencial e da Administração, os usos do tráfego e as instituições da vida social’; um ‘uso tradicional’, mas apenas ‘quando constitui expressão da concepção valorativa dominante’.

A esse respeito, ensina Miguel Reale:

Os valores são como que fachos luminosos que, penetrando na realidade social, se refogem em um sistema dinâmico de normas, cada uma delas correspondente a uma decisão.⁴

Com essa linha de raciocínio, é possível afirmar que os direitos consagrados constitucionalmente – inatos, indisponíveis, intransferíveis, indispensáveis e oponíveis *erga omnes* – limitam o poder estatal porque possuem como objeto os bens mais elevados do ser humano, que, indubitavelmente, é o centro do Universo.

Percebe-se, de certa forma, que a Constituição deve ser compreendida como um verdadeiro contrato, súpero, no qual Estado e indivíduo estão vinculados a direitos e obrigações. Dessa forma, hermeticamente se acondicionaram na legislação infraconstitucional os direitos proclamados pelas normas máximas, tornando exigência e dever do Estado a proteção a todo direito reconhecido por lei.

Por isso se pode dizer, explica Hans Kelsen⁵, que

4 REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 555.

5 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 314-315.

(...) a falta de penetração na construção escalonada do Direito impediu também o reconhecimento de que, nos diferentes escalões de uma e mesma ordem jurídica, podem ter aplicação diferentes formas de produção jurídica, de que uma produção democrática de normas jurídicas gerais pode estar ligada a uma produção autocrática das normas jurídicas individuais e, inversamente, uma produção autocrática das normas jurídicas gerais pode estar ligada a uma produção democrática das normas jurídicas individuais.

E esse processo de constitucionalização tem por objetivo precípuo submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos.

Segundo Gustavo Tepedino, “o Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição do direito privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas do direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional”.⁶

Sob a égide dessa nova ótica, vê-se que o elenco dos direitos da personalidade se modificou, e continua a se modificar, como decorrência direta da mudança das condições históricas e, em especial, das necessidades e dos interesses, das classes dominantes, dos meios dis-

⁶ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In: **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 7.

poníveis para a sua realização, das transformações sociais, dos avanços tecnológicos e da ciência entre outros.

É o que assinala Norberto Bobbio ao afirmar que os “direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas”, assim como “direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações”. Advertindo ainda que, muito provavelmente, no futuro, poderão surgir novas pretensões que na atualidade sequer podemos imaginar, sobretudo, se levarmos em consideração a rapidez com que se operam as transformações tecnológicas, fato que denota a inexistência dos direitos fundamentais por natureza. Tal percepção leva-nos a acreditar que o que “parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas”.⁷

A REPERSONALIZAÇÃO

Como visto, o modelo liberal-burguês tinha por supedâneo a prevalência dos valores relativos à apropriação de bens, relegando a um segundo plano o indivíduo, cuja efetiva valorização da dignidade humana não encontrava espaço para se impor.

Assim, com a transformação da concepção liberal-individualista, e partindo-se então da premissa de que os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade, por consistirem

7 BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 6ª reimpr. Rio de Janeiro: Campos, 1992, p. 18-19.

em valores existenciais, deveriam colocar a pessoa humana no centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre imprescindível, emergiu o que se pode intitular de fenômeno da repersonalização, e que veio a romper definitivamente com a tradição patrimonialista imposta durante a vigência do Estado Liberal, e que grande influência teve no Código Civil de 1916, passando o indivíduo a ser considerado pelo que é, e não mais pelo que possuía em termos materiais.

Sob essa perspectiva, o professor Pietro Perlingieri, da Universidade de Sannio, Itália, sustenta que “o estudo do direito – e, portanto, também do direito tradicionalmente definido ‘privado’ – não pode prescindir da análise da sociedade na sua historicidade local e universal, de maneira a permitir a individualização do papel e do significado da juridicidade na unidade e na complexidade do fenômeno social”.

Para Pietro Perlingieri,

(...) o Direito é ciência social que precisa de cada vez maiores aberturas; necessariamente sensível a qualquer modificação da realidade, entendida na sua mais ampla acepção, especialmente porque possui como centro gravitacional o ser humano na sua evolução psicofísica, “existencial”, que se torna história na sua relação com outras pessoas. Assim, a complexidade da vida social nos conduz à determinação da importância e do significado da existência que deve ser analisada como existência no âmbito social, ou seja, como “coexistência.”⁸

8 PERLINGIERI, Pietro. **Perfil do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 1.

Efetivamente, nenhum Direito ou ramo de Direito concebe a idéia de paralisação no tempo, tendo em vista que ainda que as normas não se alterem, o entendimento acerca delas pode se transformar, sobretudo porque os conflitos de interesses a serem solucionados são mutáveis, da mesma forma que as soluções de direito também são, além de representarem o direito em ação. “Nenhum direito é definitivamente *factum*: é sempre alguma coisa *in fieri*”.⁹

Com muita propriedade escreve Karl Engisch:

A nossa vida jurídica, globalmente apreendida, é modelada por predisposições e impulsos individuais, enquanto parte da nossa multifacetada vida espiritual. Não só no plano da administração e da jurisdição os homens são chamados enquanto ‘personalidades’ a modelar e a aplicar o Direito. A ‘concepção subjectiva do que é recto’ não é apenas ‘um resíduo que é preciso suportar penosamente’, logo, algo que infelizmente não pode (pelo menos quando haja que fazer valorações) ser completamente excluído – mas e antes um elemento positivo, e que como tal deve ser afirmado, da cultura jurídica. Assim como, no plano superior, não temos de representar o poder legislativo como um aparelho racional que, segundo princípios abstractos, produz leis que são as ‘únicas justas’, mas como um processo orgânico integrado por múltiplas componentes pessoais que em grande parte são ‘mundividencial’ e ‘politicamente’ propelidas, como um processo no qual se luta vivamente pelo ‘justo’ (‘recto’) – assim também não nos é lícito, no plano inferior da apli-

⁹ CARVALHO, Orlando. **Para uma teoria geral da relação jurídica**. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981, p. 50-51, v. 1.

cação do direito (no mais lato dos sentidos), conceber os funcionários, as autoridades, o juiz e os tribunais como apenas chamados a uma esquemática execução do direito. 10

Fica claro, portanto, que o direito civil, dado o seu dinamismo, necessita de aberturas para que possa caminhar jungido às evoluções sociais, adequando-se às novas transformações e anseios da sociedade, sem jamais se esquecer de que o princípio da dignidade humana, preceito intangível, está agora a ocupar o plano central do sistema gravitacional constitucional, impondo a todos, particulares e ao Poder Público, o dever de respeitá-lo e protegê-lo. O texto do Código Civil, nessa senda, deve permanecer constantemente atualizado e em perfeita consonância com as necessidades do momento histórico que lhe é coetâneo.

Não há dúvida de que a personalidade deve ser vista como um valor fundamental do ordenamento jurídico vigente já que, além de sustentar diversas situações existenciais, se traduz na exigência de tutela. Trata-se de proteger o valor da pessoa, conferindo-lhe instrumentos que a concretizem.

A DESCODIFICAÇÃO DO DIREITO CIVIL

A constatação de que Código Civil de 1916 refletia o individualismo, por força justamente das influências recebidas do Código Napoleão, baseado na inadmissibilidade da intervenção estatal nas relações privadas, fez com que ele assumisse feições de uma verdadeira constituição privada, dado o papel por ele exercido e ainda o fato de

10 ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 251-252.

dispensar à propriedade uma garantia praticamente absoluta, alçando o indivíduo para a órbita do ordenamento jurídico.

No entanto, diante do quadro histórico traçado inicialmente e, principalmente, como conseqüência das profundas alterações ocorridas no seio da sociedade, num primeiro momento, mostrou-se necessária, em caráter emergencial, a criação de leis excepcionais para regular setores não disciplinados pelo Código.

Posteriormente, com o crescente aumento das lacunas do direito, advieram leis especiais que tiveram por fito disciplinar, de forma especializada e ampla, determinados temas de natureza civil, o que fez com que o Código Civil perdesse seu caráter de estatuto exclusivo das relações patrimoniais privadas.

Por derradeiro, o legislador se viu obrigado a formular leis ainda mais abrangentes, tratando de maneira aprofundada certos assuntos que, paulatinamente, foram sendo subtraídos do Código Civil, como a Consolidação das Leis do Trabalho, a Lei do Inquilinato, o Código de Defesa e Proteção do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente etc.

A esse respeito pondera Luiz Edson Fachin que “a formação de ‘microssistemas’ baseada em expressivo número de leis especiais e a ‘constitucionalização’ de suas categorias principais selam um tempo diverso daquele que ligou a codificação ao absolutismo e ao positivismo científico”, dando azo à “uma nova densidade” da civilística.¹¹

Hoje em dia, admitida a existência de microssistemas, denominação atribuída pela doutrina às leis especiais mais abrangentes, é de notar que o Código Civil, em algumas matérias e diante do estreitamento do seu campo de abrangência, foi reduzido à categoria de fonte residual. E assim o é por uma ordem de razão, devido à inserção

11 FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 301.

nas grandes Constituições de princípios e normas que limitam a autonomia privada e estabelecem deveres sociais no desenvolvimento da atividade econômica privada.

O que se vislumbra é uma ampliação da **fattispecie**, espalhada nas cláusulas constitucionais que passaram a abordar temas antes exclusivos do Código Civil, tais como a função social da propriedade e a organização da família.

Canotilho nos dá uma ampla visão acerca dos fatores que ensejaram a substituição de certos direitos, tradicionalmente patrimonialistas, na busca pela “coexistência integrada” dos direitos liberais e dos direitos sociais, econômicos e culturais, conquanto o entendimento de que a forma como os estados, na prática, asseguram essa imbricação, se mostre profundamente desigual, afirmando que

(...) se o capitalismo mercantil e a luta pela emancipação da ‘sociedade burguesa’ são inseparáveis da conscientização dos direitos do homem, de feição individualista, a luta das classes trabalhadoras e as teorias socialistas (sobretudo Marx, em *A Questão Judaica*) põem em relevo a unidimensionalização dos direitos do homem ‘egoísta’ e a necessidade de completar (ou substituir) os tradicionais direitos do cidadão burguês pelos direitos do ‘homem total’, o que só seria possível numa nova sociedade. Independentemente da adesão aos postulados marxistas, a radicação da idéia da necessidade de garantir o homem no plano econômico, social e cultural, de forma a alcançar um fundamento exis-

tencial-material, humanamente digno, passou a fazer parte do patrimônio da humanidade”.¹²

O fenômeno da descodificação, ao fragmentar o sistema unitário do Código Civil, opera uma inversão hermenêutica, na medida em que transfere as regras de interpretação para o âmbito dos chamados microsistemas jurídicos.

A DICOTOMIA ENTRE PRINCÍPIOS E CLÁUSULAS GERAIS

Por primeiro, em matéria contratual, devemos entender os princípios como as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como alicerces das relações jurídicas edificadas a partir da autonomia de vontade.

Na lição de Larenz¹³, os princípios jurídicos são “idéias jurídicas gerais que permitem considerar uma regulamentação normativa como conveniente ou bem fundada, por referência à idéia de Direito ou a valores jurídicos reconhecidos”. Assim, os princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos fixados para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, convertendo as operações jurídicas em perfeitos axiomas.

Os princípios, segundo a técnica legislativa moderna, têm a sua aplicação viabilizada por meio das cláusulas gerais que, para Judith Martins-Costa, “atuam instrumentalmente como meios para esta concreção, porquanto são elas elaboradas através da formulação de hipóte-

12 GOMES CANOTILHO, J.J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 361-162.

13 LARENZ, op. cit. p. 569.

se legal, que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos”.¹⁴

Para Esser¹⁵, as cláusulas gerais podem ser identificadas como sendo **starting points** ou pontos de apoio para a formação judicial da norma no caso concreto”, que permitem a constante atualização do direito posto, pois, diante de sua “vagueza semântica”¹⁶, se tornam particularmente adequadas para a apaziguação de questões sociais instáveis. As cláusulas gerais funcionam como liames que conectam os valores reivindicados com o sistema normativo, permitindo o seu ingresso na ordem jurídica e, com isso, facilitando o trabalho do hermenauta.

Nesse diapasão, Martins-Costa ensina:

Na verdade, por nada regulamentarem de modo completo e exaustivo, atuam tecnicamente como metanormas, cujo objetivo é enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou para outros espaços do sistema ou através de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes objetivamente em determinada ambiência social.¹⁷

No entanto, há quem aponte para a possível insegurança que possa vir a ser gerada em face da má-formação técnica, ou ainda pela existência de preconceitos ideológicos dos operadores do direito.

Humberto Theodoro Jr., por exemplo, acentua:

14 MARTINS-COSTA, Judith H. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. In: **Revista dos Tribunais**, v. 680, jun./1992, p. 50.

15 Apud LARENZ, op. cit., p.166.

16 A expressão é de Martins-Costa, O direito privado como um “sistema em construção” – As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. In: **Revista dos Tribunais**, v. 753, jul./1998, p. 28.

17 Idem, ibidem, p. 29.

O grande risco, nesse momento de aplicação do conceito genérico da lei, está na visão sectária do operador, que, por má-formação técnica ou por preconceito ideológico, escolhe, dentro do arsenal da ordem constitucional apenas um de seus múltiplos e interdependentes princípios, ou seja, aquele que lhe é mais simpático às convicções pessoais.

Para o citado mestre,

(...) o valor eleito se torna muito superior aos demais formadores da principiologia constitucional. Toda a ordem infraconstitucional, graças à superideologização do operador, passa a se alimentar apenas e tão somente de forma sectária, unilateral e pessoal, muito embora aparentando respaldo em princípio ético prestigiado pela Constituição.¹⁸

O problema da distinção entre princípios e cláusulas gerais encontra sustentáculo na própria definição dos dois institutos. Assim o é porque o princípio pode ser considerado como uma norma expressa ou não, que servirá como fundamento para outra; enquanto a cláusula geral, sempre expressa, e conquanto possa exprimir um princípio, não é um princípio, especialmente porque, diante da sua vagueza, exige do intérprete uma atuação especial, mais criadora, porém não arbitrária.

Nessa linha de raciocínio, Ruy Rosado de Aguiar Jr. sublinha que

(...) do emprego da cláusula geral decorre o abandono do princípio da tipicidade e fica reforçado o poder revisionista do

18 THEODORO JR., Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 114.

Juiz, a exigir uma magistratura preparada para o desempenho da função, que também deve estar atenta, mais do que antes, aos usos e costumes locais.¹⁹

Destarte, endossando as mais balizadas opiniões, pode-se afirmar que a função principal das cláusulas gerais é a de permitir, num sistema jurídico positivado, a criação de normas jurídicas com alcance geral pelo hermeneuta.

Para Neves²⁰, é inegável o fato de que a renovação e a funcionalização do Direito Civil não prescindem da teoria dos princípios como marco teórico, nem da Constituição como fonte direta destes princípios, notadamente porque em uma ordem constitucional que admita uma interpretação pluralista e aberta, como a nossa, o conhecimento do papel dos princípios por parte dos operadores do direito é imprescindível.

Ronald Dworkin²¹, ao analisar a dicotomia entre regra e princípio, aduz que “em muitos casos a distinção é difícil de estabelecer – é possível que se tenha estabelecido de que maneira o padrão deve funcionar; esse ponto pode ser ele próprio o foco da controvérsia”. E mais adiante²², ao se contrapor ao posicionamento adotado por Hart, aponta que:

19 AGUIAR JR., Ruy Rosado. Projeto do Código Civil: as obrigações e os contratos. **Revista dos Tribunais**, ano 89, v. 775, p. 20, maio/2000.

20 NEVES, Gustavo Kloh Muller. Os princípios entre a teoria geral do Direito e o Direito Civil Constitucional. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira *et al.* (org.). **Diálogos sobre Direito Civil**: construindo a racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 16.

21 DWORKIN, Ronald. **Levando o direito a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 43-44.

22 *Ibidem*, p. 93-94.

(...) não posso realmente querer afirmar a existência de um sistema jurídico que não tenha um teste fundamental para identificar as regras e os princípios do direito. Faz parte do meu argumento que alguns princípios devem ser considerados como direito e, portanto, estejam presentes em argumentos judiciais, enquanto outros não. Se isso é verdade, deve haver alguma espécie de teste que possa ser usado para distinguir entre uns e outros. Assim, é preciso entender minha declaração de que não existe tal regra fundamental que signifique simplesmente que o teste fundamental deve ser demasiadamente complexo para que se possa enunciá-lo na forma de uma simples regra.

Não menos diferente é o entendimento de Canotilho²³ que, diante de tal dificuldade, leciona: “Saber como distinguir, no âmbito do superconceito norma, entre regras e princípios, é uma tarefa particularmente complexa. Vários são os critérios sugeridos”.

Para Robert Alexy²⁴, *“La distinción entre reglas y principios no es nueva. A pesar de su antigüedad y de su frecuente utilización, impera al respecto confusión y polémica. Existe una desconcertante variedad de criterios de distinción.”*

Conclui-se, portanto, que a consideração do *princípio* como um instituto contemplador de valores socialmente amadurecidos e que conclama não só reconhecimento, mas, sobretudo, efetivação na ordem social, dentro de um ordenamento jurídico dotado

23 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas, Coimbra: Almedina, 1994, p. 1144.

24 ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 82-83.

de normas **pontuais**, faz emergir um impasse face à estruturação das normas jurídicas que, sob o prisma rígido da reserva legal, não contempla a possibilidade de aplicação de valores-princípios, desprendidos nos anseios da sociedade.

Por essa razão, faz-se necessária a presença das chamadas **cláusulas gerais**, como verdadeiros “elementos de conexão entre os valores reclamados e o sistema codificado, propondo-se a efetuar o elo de ligação para a introdução desses valores no ordenamento, sem ruptura da ordem positivada, sem quebra do sistema”.²⁵

OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS E A NOVA TEORIA CONTRATUAL

A partir desta análise, o princípio da autonomia privada, visto como fenômeno que permite que as pessoas concluam negócios jurídicos bilaterais, é relativizado em prol da justiça substancial que, fulcrada na idéia de função social do contrato, impõe ao intérprete a imprescindibilidade de se observar a relevância desse para toda a sociedade, e não apenas como algo que interessa somente às partes.

O princípio “função social”, no entanto, não se afigura como necessariamente novo no direito privado brasileiro. A Lei de Introdução ao Código Civil já o previa da seguinte forma: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que se dirige e às exigências do bem comum” (art. 5º). Dessa forma, desde 1942, o judiciário brasileiro, ao aplicar a lei, é obrigado a observar o fim social a que ela se destina.

Não obstante, o Código Civil determina, no artigo 421, que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da **função**

25 JORGE JR., Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 40.

social do contrato, pelo que se percebe que, além da ordem pública e dos bons costumes, a liberdade de contratar também deverá ter em mira a função social do contrato.

Num certo sentido, pode-se entender que essa função limitadora expressa a imperatividade de se obedecer ao mandamento constitucional fazendo com que o contrato cumpra a sua função social, como concepção de justiça que deve orientar a ordem econômica hoje disseminada em vários ramos do direito.

Por isso é bom que se lembre que na aplicação da lei o intérprete não poderá se dissociar jamais do critério teleológico, buscando, sempre que possível, o fim social colimado para tornar possível a sociabilidade humana, especialmente porque o direito se encontra em constante mutação, absorvendo os reflexos gerados pelos novos fatos e valores.

Outrossim, com base na noção de boa-fé objetiva²⁶, cobra-se transparência do contrato, desde a oferta, proíbe-se, por exemplo, a publicidade enganosa ou abusiva, constrói-se o dever de informar (ao qual se ligam o dever de confidencialidade sobre as informações obtidas e o direito de acesso às informações e à sua retificação, se necessário), veda-se a abusividade de modo geral e se afirma o dever de cooperação entre as partes.

Pode-se dizer que o princípio da boa-fé consiste no reconhecimento de deveres secundários, conexos e independentes da vontade manifestada pelas partes, a serem observados nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual.

Ensina Cláudia Lima Marques:

26 A Boa-fé objetiva é reconhecida como um princípio jurídico pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras”, como registrou Teresa Paiva de Abreu Trigo de Negreiros, **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 83.

Como novo paradigma para as relações contratuais (...) propõe a ciência do direito o renascimento ou a revitalização de um dos princípios gerais do direito há muito conhecido e sempre presente desde o movimento do direito natural: o princípio geral da Boa-fé. Este princípio ou novo ‘mandamento’ (Gebot), obrigatório a todas as relações contratuais da sociedade moderna e não só às relações de consumo, será aqui denominado de Princípio da Boa-fé Objetiva para destacar a sua nova interpretação e função.²⁷

Efetivamente o princípio da Boa-Fé Objetiva, na formação e na execução das obrigações, possui uma dupla função na nova teoria contratual:

- 1) como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os chamados deveres anexos, e
- 2) como causa limitadora, antes lícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos.

Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.

Vale dizer, como averbado por Judith Martins-Costa que

27 MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 78-79.

(...) a expressão ‘boa-fé subjetiva’ denota ‘estado de consciência’, ou convencimento individual de obrar (a parte) em conformidade ao direito (sendo) aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se ‘subjetiva’ justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem.²⁸

De outra parte,

(...) já por ‘boa-fé objetiva’ se quer significar – segunda a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da common law – modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual ‘cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade’. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subsuntivo.²⁹

28 MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 411.

29 MARTINS-COSTA, op. cit., p. 411, nota 28.

Finalmente, o princípio da equivalência material visa a buscar e a garantir o equilíbrio real entre direitos e obrigações decorrentes dos contratos, ou seja, o justo equilíbrio contratual e, conseqüentemente, a abrandar sensivelmente o brocardo *pacta sunt servanda* e afastando a idéia até então predominante de que os contratos são intangíveis.

Sob a ótica do Direito Civil Constitucional, e à luz do contido nos artigos na 1º, 170, e 5º, XXXV, CF, não mais se pode conceber a idéia de um contrato em que impere o desequilíbrio, a ausência de boa fé e da equidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O surgimento do Direito Civil Constitucional realça o dinamismo com que se transformam as relações sociais e torna imperioso o reconhecimento da Constituição Federal como diploma sistematizador de toda a ordem jurídica vigente, impondo-nos a adoção imediata dos princípios nela contidos a fim de solucionar os conflitos existentes, quer adequando a legislação infraconstitucional através de uma “releitura” dos preceitos positivados, porém, levado a cabo com supedâneo num conjunto de idéias extraído dos campos político, científico e filosófico, quer aplicando os princípios constitucionais calcado na conjugação de raciocínios lógico-valorativos entre as normas constitucionais e as normas privadas.

Dessa forma, atento aos princípios sociais aplicáveis aos contratos – boa-fé objetiva, equivalência material e função social – e ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana não mais se admite a manutenção de contratos desprovidos de uma concepção social, devendo-se buscar, através da aplicação científica do sistema jurídico e, so-

bretudo, da sua repotencialização, de forma a torná-lo compatível com as exigências econômicas e sócias hodiernas, uma conciliação entre a liberdade e a igualdade.

Esta concepção social dos contratos, somada aos novos ditames de eticidade e socialidade que influenciaram notadamente os idealizadores do projeto do atual Código Civil, levo-nos a um rompimento com seu o tradicional conceito que, dada a influência sofrida pelo então Estado Liberal, firmava-se inarredavelmente na autonomia da vontade e na força obrigatória.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JR., Ruy Rosado. Projeto do Código Civil: as obrigações e os contratos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 89, v. 775 - maio/2000.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho, 6. reimpr. Rio de Janeiro: Campos, 1992.
- CARVALHO, Orlando. **Para uma teoria geral da relação jurídica**. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981.v. I.
- DWORKIN, Ronald. **Levando o direito a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado, 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- GOMES CANOTILHO, J.J. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- _____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Almedina, 1994, p. 1144.
- JORGE JR., Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes, 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego, 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MARTINS-COSTA, Judith H. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. In: **Revista dos Tribunais**, v. 680, jun./1992.
- _____. O direito privado como um “sistema em construção” – As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. In **Revista dos Tribunais**, v. 753, jul./1998.
- _____. **A Boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.
- NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- NEVES, Gustavo Kloh Muller. Os princípios entre a teoria geral do Direito e o Direito Civil Constitucional. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et al. (org.). **Diálogos sobre Direito Civil: construindo a racionalidade contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In: **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- THEODORO JR., Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DIREITO CIVIL E ORDEM PÚBLICA NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

Gustavo TEPEDINO

Qual o objetivo do Direito? O que seria de nós se não fôssemos obcecados pela pessoa humana? Se não tivéssemos uma preocupação constante, todos os dias de nossas vidas, pelo homem, por sua felicidade, pela sua dignidade, pela satisfação de suas necessidades, pela superação dos obstáculos de direito e de fato que impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana? O que seria de nós, juristas? Haveríamos perdido nossa razão de ser, a razão de nossa existência!

Jorge Mosset Iturraspe

A relação entre direito civil e ordem pública, noções tradicionalmente tão díspares, que apenas se tangenciavam nos limites de seus campos de atuação, revela a irradiação dos princípios constitucionais nos espaços de liberdade individual. Com efeito, a partir da interferência da Constituição no âmbito antes reservado à autonomia privada, uma nova ordem pública há de ser construída, coerente com os fundamentos e objetivos fundamentais da República.

Em rigor, desde os anos oitenta os civilistas sustentam, no Direito brasileiro, a imprescindibilidade da aplicação direta das normas constitucionais nas relações jurídicas de direito privado. Contra tal corrente configurou-se, com a promulgação da Constituição brasileira de 1988,¹

¹ O Prof. Iturraspe definiu a Constituição Brasileira de 1988 como “moderna e progressista”, pois “produziu o que hoje se chama a constitucionalização do Direito Civil. Incorporou à carta fundamental direitos da personalidade, direitos humanos, direitos

uma forte resistência dos civilistas mais tradicionais, ao argumento de que o processo designado como constitucionalização do direito civil representaria, em realidade, uma diminuição do papel da dogmática do direito privado no âmbito da Teoria Geral.

Contudo, a nova proposta interpretativa não pretendia subtrair o espaço de incidência do direito privado, visando, ao revés, a alterá-lo qualitativamente, potencializando-o e redimensionando-o, mediante a funcionalização de seus institutos e categorias à realização dos valores constitucionais.

Na esteira do debate doutrinário então travado, afirmou-se de maneira deliberadamente provocatória e polêmica:

Já é o terceiro aniversário da Constituição da República e os civilistas permanecem com o dever inadiável de compatibilizar o Código Civil e a legislação especial ao texto constitucional. Embora proclame-se de maneira quase unânime a supremacia constitucional na atividade hermenêutica, o certo é que o direito civil brasileiro não soube ainda incorporar o texto maior à sua práxis. Basta conferir os tímidos resultados alcançados pela jurisprudência após 5 de outubro de 1988 – ao menos no que concerne às decisões que pudessem ser consideradas diretamente informadas pela Carta constitucional – ou o estado contemplativo de parte de nossos civilistas, cujas contribuições vêm sendo editadas e reeditadas, após a Constituição, sem revisão profunda, limitando-se às indicações de dispositivos constitucionais pertinentes, uma ou outra maquiagem, alguns retoques aqui

do homem ou do cidadão, avançando no processo de dignificação da pessoa humana” (Conferência de encerramento da I Jornada de Direito Civil, 2002, p 44-45).

ou acolá. Parece, ao revés, imprescindível e urgente uma releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição.²

Mais de uma década depois, diante do Código Civil de 2002, impõe-se uma reflexão acerca dos paradigmas axiológicos que devem nortear o intérprete na reconstrução dos institutos de direito privado. Deve-se observar, primeiramente, que os critérios interpretativos do Direito Civil não mais se encontram no Código Civil. Conforme se destacou, a Constituição da República promoveu uma alteração qualitativa nos institutos civilísticos, funcionalizando-os aos valores constitucionais, não mais havendo setores imunes a tal incidência axiológica, isto é, espécies de zonas *francas* para a atuação da autonomia privada. A autonomia privada deixa de configurar um valor em si mesma, e será merecedora de tutela somente se representar, em concreto, a realização de um valor constitucional.

Entretanto, não obstante tenha se difundindo, nesses quinze anos, a afirmação da importância cada vez maior da Constituição para o Direito Civil, percebe-se uma postura cultural um tanto quanto bizarra, uma certa arrogância de alguns juristas, que pretendem adaptar o Texto Constitucional ao Novo Código Civil e que julgam, a partir dele, ser desnecessária a metodologia do direito civil constitucional, funcionando novamente o Código Civil como uma síntese constitucional das relações privadas. Daqui decorre um reconhecimento apenas retórico da aplicação direta da Constituição nas relações privadas.

2 Seja consentida a referência à aula inaugural do ano acadêmico de 1992, por mim proferida na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, contida no texto intitulado Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 1.

Ou seja, reconhecendo embora a força normativa dos princípios constitucionais, retira-se sua eficácia prática.

Tal construção pretende encontrar justificativa em duas ordens de argumentação. A primeira delas no sentido de que, com a redução do papel do Estado assistencialista, teria fim o intervencionismo pretendido pelo constituinte, tornando desnecessária e a até indesejada ou superada a discussão quanto à aplicação direta do texto constitucional.

O argumento não colhe. Ao propósito, basta sublinhar a absoluta atualidade da discussão acerca da força normativa dos princípios constitucionais e de sua aplicação direta nas relações jurídicas de direito privado, a despeito das tendências neoliberais. A tormentosa problemática, suscitada pelos civilistas italianos a partir do final dos anos 60, e pelo civilistas brasileiros desde os anos 80, ganhou renovado fôlego com o debate em torno da unificação da Europa, sendo o jurista conclamado a ponderar e harmonizar as diretivas transnacionais na ordem constitucional interna de cada Estado-membro.

De outra parte, e ao mesmo tempo, o arrefecimento do papel assistencialista do Estado, aqui e alhures, em nada reduz o debate quanto à constitucionalização do direito civil, sendo tal metodologia decorrência imperativa não do tamanho que se pretenda atribuir ao Estado, mas também da concepção unitária e hierarquicamente centralizada do ordenamento jurídico.

Vale dizer, a alteração da forma de intervenção estatal não subleva a imprescindibilidade da submissão da autonomia privada aos princípios normativos que, inseridos no vértice da hierarquia mandamental plasman, funcionalizam e asseguram o valor social da livre iniciativa. A atenção, portanto, se volta para a indispensável unidade interpretativa exigida no cenário de pluralidade de fontes normativas, a partir dos valores constitucionais, cuja utilização direta na solução

das controvérsias do direito privado assegura, a um só tempo, a abertura do sistema e a sua unidade.

A segunda ordem de argumentos, compressora da força normativa dos princípios constitucionais, parte da equivocada premissa de que esses, por serem menos detalhados e muito abrangentes, seriam dotados de menor força prescritiva. Tal circunstância autorizaria o legislador, e especialmente o codificador, a decifrá-los, reduzindo sua amplitude normativa ao angusto espectro das regras. Em consequência, segundo tal raciocínio, a regra deveria prevalecer sobre o princípio, pois indicaria uma opção política indiscutível quanto a certo padrão de comportamento. Tratar-se-ia de uma versão remodelada no vetusto brocardo *in claris non fit interpretatio*.³ Na esteira de tal entendimento, acaba-se por subverter a hierarquia do ordenamento, aplicando-se os princípios constitucionais à luz de regras infraconstitucionais.

Todavia, se a força normativa dos princípios constitucionais decorre da concepção unitária do ordenamento jurídico, no qual a Constituição ocupa posição hierárquica suprema, nem o tamanho do Estado, nem a renovação do Código há o alterar a normatividade constitucional – ainda que as normas constitucionais sejam dotadas de menor racionalidade normativa (mais mal acabadas, dir-se-ia com certo desdém).

Ao revés, como antes demonstrado, as normas constitucionais afiguram-se parte integrante da dogmática do direito civil, remodelando e revitalizando seus institutos, em torno de sua força reunificadora do sistema. Se assim não fosse, o ordenamento restaria fragmentado, decompondo-se

3 Sobre o vetusto adágio latino, leciona Pietro Perlingieri que “o brocardo *in claris non fit interpretatio* relaciona-se à enunciação da norma como juízo lógico, enquanto que, a rigor, ela é instrumento modelado para disciplinar a vida de relação” (**Perfis de Direito Civil**, cit., p. 71).

o sistema por força da pluralidade de núcleos legislativos que substitui, no curso do tempo, o sistema monolítico da codificação oitocentista.

Se são verdadeiras, como parecem, tais observações, pode-se aduzir que a aplicação direta dos princípios constitucionais constitui resposta hermenêutica a duas características essenciais da própria noção de ordenamento: unidade e complexidade. O conceito de ordenamento pressupõe um conjunto de normas destinadas a ordenar a sociedade segundo um determinado modo de vida historicamente determinado.

⁴ Daqui decorrem duas conseqüências fundamentais:

- 1) o ordenamento não se resume ao direito positivo; e
- 2) para que possa ser designado como tal, o ordenamento há de ser sistemático, orgânico, lógico, axiológico, prescritivo, uno, monolítico, centralizado.

Se o ordenamento pudesse se reduzir a normas de um mesmo nível hierárquico, seria fechado e homogêneo. Sendo, ao contrário, a realidade atual formada por uma pluralidade de fontes normativas, o ordenamento se torna necessariamente aberto e heterogêneo, daí a sua complexidade que, só alcançará a unidade, caso seja assegurada a centralidade da Constituição, que contém a tábua de valores que caracterizam a identidade cultural da sociedade. ⁵

⁴ Pietro Perlingieri. **Perfis de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 2.

⁵ Como observa Maria Celina Bodin de Moraes, são os valores expressos pelo legislador constituinte que devem informar o sistema como um todo. “Tais valores, extraídos da cultura, isto é, da consciência social, do ideal ético, da noção de justiça presentes na sociedade, são, portanto, os valores através dos quais aquela comunidade se organizou e se organiza. É neste sentido que se deve entender o real e mais profundo significado, marcadamente axiológico, da chamada constitucionalização ao direito civil” (“O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”, In: **Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado**, Ingo Sarlet (org.), Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2003, p. 107).

Daí o equívoco de se conceber o sistema jurídico mediante modelos binários, dividindo-se ora os destinatários das normas jurídicas (legislador e sujeitos de direito); ora a produção jurídica (legislativa e jurisdicional); ora os campos de conhecimento (direito público e direito privado); ora os setores da sociedade (que consagrariam microsistemas), e assim por diante. Ou bem o ordenamento é uno ou não é ordenamento jurídico.⁶

Na mesma linha crítica, mostra-se igualmente equivocado imaginar uma linha divisória entre normas valorativas (oriundas da Constituição) e normas prescritivas (legislação infraconstitucional); ou entre, de um lado, regras gerais e abstratas (premissa maior), e, de outro, a factualidade (premissa menor), sendo o papel do juiz limitado a uma finalidade complementar em relação ao legislador, valorando *standards* de comportamento nos espaços em que não há regulamentação específica.

O sistema jurídico, bem ao contrário, há de fazer convergir a atividade interpretativa e legislativa na aplicação do direito, sendo aberto justamente para que se possa nele incluir todos os vetores condicionantes da sociedade, inclusive aqueles que atuam na cultura dos magistrados, na construção da solução para o caso concreto. A pluralidade de fontes normativas, pois, não pode significar perda do fundamento unitário do ordenamento, devendo sua harmonização se operar de acordo com a Constituição, que o recompõe, conferindo-lhe, assim, a natureza

6 Na lição de Pietro Perlingieri, “a unidade interna não é um dado contingente, mas, ao contrário, é essencial ao ordenamento, sendo representado pelo complexo de relações e de ligações efetivas e potenciais entre as normas singulares e entre os institutos”. Afirma o mesmo autor, ainda, que “um ordenamento a-sistemático, isto é, feito de normas que não exprimem relações internas, não encontrou até hoje uma verificação histórica (...). Se o critério de fundação do sistema privilegia o conteúdo sobre a forma (*contentutistico*), sendo, portanto, fruto de elaboração, das correlações entre um e outro instituto, o sentido do sistema se deduz não no esplêndido isolamento da relação do intérprete com o conteúdo de cada norma, mas sempre confrontando cada norma com todas as outras, verificando a sua coerência constitucional” (Op. cit., p. 77-78).

de sistema. Ou seja, a pluralidade de núcleos legislativos deve conviver harmonicamente com a noção de unidade do ordenamento.⁷

Na esteira de tal entendimento, chega-se à noção de ordenamento não mais como um conjunto estanque de normas jurídicas, mas como uma série de ordenamentos de casos concretos, para cuja construção o intérprete levará em conta os fatores condicionantes dos fatos e das normas jurídicas conjuntamente interpretadas em cada conflito de interesses. Daí a importância atual da argumentação, a qual não se repete entre dois casos concretos, sendo sempre singular e indispensável para a legitimidade desta fusão de culturas e de compreensões de mundo operada pelo magistrado na decisão judicial.

Tendo em vista a unidade indispensável à própria existência do ordenamento, a interpretação desse processo complexo há de ser feita à luz dos princípios emanados pela Constituição da República, que centraliza hierarquicamente os valores prevalentes no sistema jurídico, devendo suas normas, por isso mesmo, incidir diretamente nas relações privadas.

Todavia, mesmo admitindo-se difusamente a força normativa da Constituição, a aplicação direta dos princípios constitucionais nas relações de direito privado tem encontrado, na doutrina e jurisprudência, críticas injustificadas, que podem ser agrupadas em quatro objeções centrais:

- I) os princípios constitucionais, mesmo tomados como preceitos normativos, constituem-se em normas de organização política e social de modo que, valer-se deles para a regulamentação das relações jurídicas interindividuais, traduziria

7 Ao propósito, destaca Pietro Perlingieri: “a unidade do ordenamento não exclui a pluralidade e a heterogeneidade das fontes” (Op. cit, p. 7-8).

verdadeiro salto sobre o legislador ordinário, ao qual é dado disciplinar o direito privado;

II) a baixa concretude dos princípios constitucionais, suscitará exagerada e por vezes perigosa subjetividade dos juízes;

III) as normas constitucionais sujeitam-se a reformas, compromissos e contingências políticas, ao contrário das normas do direito privado, muito mais afeitas à estabilidade própria da sua dogmática, em grande parte herdada, quase de forma intacta, desde o direito romano; e

V) o controle de merecimento de tutela imposto pela aplicação automática das normas constitucionais, para além do juízo de ilicitude dos atos em geral, representaria uma ingerência valorativa indevida nos espaços privados, reduzindo o campo das escolhas e liberdades individuais.

Todas as quatro críticas, embora respeitáveis, mostram-se descontextualizadas, relacionando-se com uma realidade inteiramente obsoleta, por pressupor o cenário característico da codificação do século XIX, quando se delineava, então, uma clara dicotomia entre o direito público e o direito privado, destinado à sublimação da autonomia privada.

O Código Civil de 2002, embora desenhado sob a égide do paradigma patrimonialista, imaginando ciosamente um *mundo privado* que devesse se resguardar de ingerências estatais, fazendo por isso mesmo, concessões por meio de restrições pontuais em cláusulas gerais, desponta em contexto axiológico que altera radicalmente o sentido emprestado para autonomia privada e para a aquisição e utilização dos bens.

Com efeito, vive-se hoje cenário bem distinto: a dignidade da pessoa humana impõe transformação radical na dogmática do direito

civil, estabelecendo uma dicotomia essencial entre as relações jurídicas existenciais e as relações jurídicas patrimoniais. Torna-se obsoleta a *summa divisio* que estremava, no passado, direito público e direito privado bem como ociosa a partição entre direitos reais e direitos obrigacionais, ou entre direito comercial e direito civil.

Tal advertência ganha importância especial no momento em que, com o Código Civil de 2002, propaga-se a chamada unificação do direito privado. O relevante ressalte-se, não consiste na topografia da disciplina da empresa na normativa codificada senão a distinção axiológica que deve presidir a dogmática da pessoa humana e a da pessoa jurídica. Ou seja, a proposta unificante do direito privado, concebido em seu aspecto estrutural, só por si nada representa.

À luz do princípio fundamental da dignidade humana têm-se, de um lado, a técnica das relações jurídicas existenciais, que informam diretamente os chamados direitos da personalidade e, mais amplamente, a tutela da pessoa nas comunidades intermediárias, nas entidades familiares, na empresa, nas relações de consumo e na atividade econômica privada, particularmente no momento da prevenção da lesão, deflagrando, a partir daí, uma mudança profunda na dogmática da responsabilidade civil.

A dignidade da pessoa humana, como valor e princípio, compõe-se dos princípios da liberdade privada, da integridade psicofísica, da igualdade substancial (art. 3º, III, CF) e da solidariedade social (art. 3º, I, CF).⁸ Tais princípios conferem fundamento de legitimidade ao valor social da livre iniciativa (art. 1, IV, CF), moldam a atividade

8 Sobre o tema, v. Maria Celina Bodin de Moraes, para quem, “o substrato material da dignidade assim entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: I) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, II) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; III) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; IV) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade

econômica privada (art. 170, CF) e, em última análise, os próprios princípios fundamentais do regime contratual regulados pelo Código Civil.

De outra parte, há as relações jurídicas patrimoniais e a autonomia privada. A noção de autonomia da vontade, como concebida nas codificações do século XIX, dá lugar à autonomia privada, alterada substancialmente nos aspectos subjetivo, objetivo e formal. No que se refere ao aspecto subjetivo, observa-se a passagem do sujeito abstrato à pessoa concretamente considerada.

O ordenamento jurídico, que desde a Revolução Francesa, graças ao princípio da igualdade formal, pôde assegurar a todos tratamento indistinto, passa a preocupar-se, no direito contemporâneo, com as diferenças que inferiorizam a pessoa, tornando-a vulnerável. Para o hipossuficiente, com efeito, a igualdade formal mostra-se insuficiente, sendo-lhe motivo de submissão ao domínio da parte hegemonicamente preponderante. Daí voltar-se a ordem jurídica para a investigação das singularidades da pessoa humana. O alvo de atenção do legislador não é mais o sujeito de direito, mas os consumidores, a mulher, as crianças e adolescentes, e assim por diante.

O ser humano em seu próprio contexto irá avocar e determinar a normativa mais condizente com suas necessidades existenciais. Na mesma esteira, a diferença entre pessoas jurídicas e pessoas físicas ganha singular importância, impondo-se lógica interpretativa e técnica legislativa diferenciadas.

Por outro lado, a mudança no aspecto objetivo da autonomia privada revela-se no sentido de que novos interesses existenciais se sobrepõem aos interesses patrimoniais que caracterizavam os bens jurídicos no passado. As categorias do direito privado devem ser reconstruídas,

e da solidariedade” (**Danos à pessoa humana, uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85).

a partir do surgimento de situações jurídicas inteiramente novas, advindas com a revolução tecnológica dos últimos cinquenta anos. Basta pensar na engenharia genética, na procriação *in vitro*, na extraordinária massa de informações pessoais colhidas mediante o exame de DNA e na circulação de dados propiciados pelas redes de informática. Cabe à doutrina do direito civil estabelecer parâmetros para tutelar a pessoa humana diante dos novos bens jurídicos que se tornam objeto de situações existenciais suscitadas pelo avanço da cibernética e da tecnologia.

Por fim, a forma dos atos jurídicos, que se voltava no passado exclusivamente para a segurança patrimonial, no sentido de proteger as transferências patrimoniais *inter vivos* e *causa mortis*, especialmente no que tange aos bens imóveis, passa a exercer papel limitador da autonomia privada em favor de interesses socialmente relevantes e das pessoas em situações de vulnerabilidade. Os formulários-padrão, por exemplo, destinam-se a proteger o consumidor, o mutuário, o aderente no contrato de adesão e assim sucessivamente.

Exemplos não faltam dessa mudança qualitativa da autonomia privada e da insuficiência das categorias tradicionalmente consagradas na dogmática do direito civil para solucionar os novos conflitos de interesse. O Professor Stefano Rodotà, em uma das três conferências que ministrou no Rio de Janeiro⁹, a convite da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Procuradoria do Município da Cidade do Rio de Janeiro, invocou a notícia publicada por um tablóide sensacionalista inglês, que pôs em dúvida a paternidade do príncipe William.

Insinuou-se então que o herdeiro real poderia ser filho não de Charles, mas de um ex-professor de educação física da princesa Diana. O repórter, aproveitando-se de um descuido do jovem príncipe, acometido de uma gripe, apropriou-se de um lenço de papel por ele utilizado

9 Cf. Entrevista concedida pelo Prof. Rodotà, publicada na RTDC n. 11, 2002.

e jogado em uma lata de lixo. Valendo-se também de uma amostra do sangue (ou tecido) do pretense pai, realizou o confronto das cadeias de DNA, cujo resultado negativo estancou a explosão nas vendas dos jornais populares e a apreensão geral relacionada à sucessão do trono.

O Professor Rodotà, analisando a questão, esclareceu apropriadamente que não se tratava apenas de um lenço descartado (*res derelectae*), mas de informações que diziam respeito à própria essência da personalidade daqueles de quem foram apropriados. Por isso mesmo, a circulação e utilização dos chamados dados sensíveis devem depender de manifestação expressa daqueles que terão aspectos de sua intimidade revelados.

Não se pode, nestas hipóteses, buscar solução nas categorias clássicas da teoria contratual e do direito de propriedade. Tampouco parece suficiente a dogmática dos direitos da personalidade, no estado atual da doutrina brasileira, ainda excessivamente voltada para a definição e tipificação dos direitos subjetivos.

Diante da multiplicação de situações trazidas pelas novas tecnologias, muda-se radicalmente a técnica legislativa, valendo-se o legislador de inúmeras cláusulas gerais, e os princípios tornam-se fundamentais para a concretização de normas nos casos concretos, cada vez mais inusitados.

Por tudo isso, mostra-se inquietante que setores nostálgicos do voluntarismo queiram aproveitar a chegada do Novo Código Civil para considerar desnecessário, a partir de agora, todo o esforço hermenêutico de compatibilização das fontes normativas em torno da Constituição da República. Segundo tal raciocínio, a nova codificação restauraria ao civilista o seu estatuto orgânico das relações patrimoniais, servindo o Código como mediador entre as normas de direito público e a autonomia privada. A tese, contudo, mostra-se inteiramente descabida.

Em primeiro lugar, porque a aplicação direta das normas constitucionais não se reduz a uma mera questão de localização topográfica das normas aplicáveis às relações privadas. Trata-se, de maneira muito mais ampla, da inserção permanente e contínua da tábua axiológica constitucional nas categorias do direito privado, processo que se intensifica com o advento de novos diplomas legislativos, codificados ou extracodificados.

Por outro lado, as novas tecnologias, como se veio de demonstrar, rompem com os compartimentos do direito público e do direito privado, invocando regulação a um só tempo de natureza privada e de ordem pública. A dignidade da pessoa humana há de ser tutelada e promovida, em última análise, nos espaços públicos e privados, daí resultando a imprescindibilidade de um controle da atividade econômica segundo os valores constitucionais, processo hermenêutico que, em definitivo, há de ser intensificado – e jamais arrefecido – com a promulgação de leis infraconstitucionais.

O desafio do jurista de hoje consiste, assim, precisamente na harmonização das fontes normativas, a partir dos valores e princípios constitucionais. O novo Código Civil deve contribuir para tal esforço hermenêutico – que em última análise significa a abertura do sistema –, não devendo o intérprete deixar-se levar por eventual sedução de nele imaginar um *microclima* de conceitos e liberdades patrimoniais descomprometidas com a legalidade constitucional. Portanto, as relações jurídicas de direito privado devem ser interpretadas à luz da Constituição, seja em obediência às escolhas político-jurídicas do constituinte, seja em favor da proteção da dignidade, princípio capaz de conformar um novo conceito de ordem pública, fundado na solidariedade social e na plena realização da pessoa humana.¹⁰

10 Como observado em outra sede (1992): “Trata-se, em uma palavra, de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito civil à luz da

REFERÊNCIAS

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: **Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado**, Ingo Sarlet (org.), Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2003.

_____. **Danos à pessoa humana, uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In: **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Constituição, de maneira a privilegiar os valores não patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais” (Gustavo Tepedino. Premissas metodológicas para constitucionalização do Direito Civil. In: **Temas de Direito Civil**, 2004, p. 22).

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E IMUNIDADES FISCAIS: ANÁLISE DOCTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

Josiane de Campos Silva GIACOVONI

Soraya Regina Gasparetto LUNARDI

Na atualidade, muitos autores vêm exaltando a importância da efetividade dos direitos fundamentais, com discursos apaixonados pelo tema retórica, todavia insuficiente para a implementação de tais direitos. Em paralelo, temos uma visão excessivamente pessimista – no sentido de que a Constituição Federal, em relação aos direitos fundamentais, não passa de uma carta de intenções sem efetividade e, não correspondendo à realidade.

Um dos problemas de efetividade se relaciona à falta de concreitude do texto constitucional. O texto constitucional é muito abstrato, sendo esse, paradoxalmente, seu defeito e sua qualidade. É sua qualidade, pois o conteúdo vago lhe confere a mobilidade pretendida. É seu defeito, pois a imprecisão prejudica a aplicabilidade e a mensuração na aplicação.

Sendo assim, grande parte dos dispositivos constitucionais têm natureza “programática”, ou seja, deverá ser concretizada pelo legislador ordinário. O problema é que muitas vezes a concretização demanda muito tempo e pode ser inviabilizada pela falta de vontade política dos legisladores, comprometendo a implementação de dispositivos constitucionais formalmente vigentes.

Os direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição de 1988, entretanto, são direta e imediatamente vinculantes (efeito imediato dos direitos fundamentais). É o que determina o §

1º do art. 5º da CF. Essa proclamação não pode, porém, nos fazer esquecer de que as normas constitucionais, em razão de sua natureza (forma de enunciação, função e finalidade), reclamam uma atuação concretizadora dos órgãos estatais, especialmente do legislador.

Em razão disso, o referido dispositivo não pode modificar a “fraqueza” normativa de grande parte das normas de cunho programático. Sua aplicação imediata deve ser entendida como obrigação do legislador de cumprir seu dever de regulamentação, e dos Tribunais de suprir deficiências por meio do controle de constitucionalidade. ¹

Diferentemente das garantias fundamentais, os princípios constitucionais² oferecem indicações de conduta que norteiam o legislador na elaboração da norma. ³

O problema em relação aos princípios é a sua baixa carga de concretude (baixa densidade normativa) e alta carga valorativa⁴.

As imunidades fiscais, quando analisadas pelo Supremo Tribunal Federal, envolvem as dificuldades de concreção tanto dos direitos fundamentais como dos princípios constitucionais.

1 Cf. ROTHENBURG, 2005; SARLET, 2004, p. 253-293; DIMOULIS e MARTINS, 2006, p. 104-106.

2 Utilizamos o conceito de princípio conforme a lição de Robert Alexy. Em caso de conflito normativo (colisão de princípios), o princípio pode ser mais ou menos observado ou concretizado, a ele se opondo a regra jurídica restrita à bipolaridade entre cumprimento e descumprimento (ALEXY, 2000).

3 MODUGNO, 2000, p. 103-106 diferencia entre princípios gerais do direito e princípios fundamentais previstos na Constituição e traça classificações dos princípios fundamentais: de ordenamento originário, relativos a forma do Estado, princípio republicano, democrático e de ordenamento derivado (relativos à proteção das minorias, normas programáticas). Ver também Tavares, 2003.

4 “O termo densidade normativa faz pensar em normas “líquidas”, maleáveis, que poderiam se adaptar a vários “recipientes” (dependendo de situações concretas, intenções subjetivas, momentos históricos, etc.) (...). Consideramos, contudo, que a metáfora da textura exprime melhor a natureza das normas jurídicas que, atuando como “peneira”, autoriza (ou não) certas interpretações” (DIMOULIS, 2005, p. 13).

Para sua aplicação, é necessário recorrer aos métodos hermenêuticos de integração de conteúdo normativo a fim de aplicar a lei ao caso concreto respeitando o princípio da legalidade. Isso se dá por meio de uma sentença integrativa com conteúdo correspondente ao direito positivo: integrar é o que cabe nessa situação ao juiz.⁵

A interpretação sistemática deve ser estabelecida com base em orientações gerais, tratando o direito como ordenamento estruturado, como sistema de normas. A partir dessa concepção, tem-se que o direito não tolera contradições, devendo ser considerado como um conjunto coerente. Assim, a unidade do direito é um pressuposto no momento de sua interpretação.⁶

No caso que nos interessa, essa análise integrada se daria mediante harmonização dos vários direitos fundamentais que possivelmente entram em conflito, assim como mediante o esclarecimento da posição constitucional das imunidades tributárias.

As imunidades tributárias, tema do presente estudo, são uma das figuras jurídicas que muitos catalogam como direitos fundamentais. Há posicionamentos jurídicos controvertidos sobre sua natureza, havendo, em particular, dúvidas sobre seu caráter como cláusulas pétreas.

Igualmente hesitante é a atuação do Supremo Tribunal Federal quando questionado sobre a revogação de imunidades. Em pelo menos duas atuações sobre o tema, analisadas oportunamente, o STF não aclarou seu posicionamento, alimentando a insegurança jurídica.⁷

No presente trabalho, pretendemos refletir sobre a problemática que envolve as imunidades, para propiciar clareza e, maior segurança jurídica.

5 LUNARDI, 2006.

6 TAVARES, 2002, p. 70.

7 Sobre o conceito de segurança jurídica cf. DIMOULIS, 2006, p. 196-199.

Resta então saber o que são as imunidades tributárias para conhecer se podem ser consideradas como direitos fundamentais, possuindo, eventualmente, a característica da imutabilidade.

NATUREZA JURÍDICA E FUNDAMENTO DAS IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS

Neste ponto as controvérsias são persistentes. Segundo uma primeira tese, as imunidades consistem em autolimitações assumidas pelo Estado mediante manifestação do poder constituinte em prol da maior tutela dos direitos fundamentais de certas categorias de pessoas.⁸

Uma outra tese, de inspiração jusnaturalista considera que as imunidades decorrem de direitos absolutos pré-estatais, sendo impossível o Estado criar tributos quando comprometido o exercício da liberdade.⁹

A segunda tese carece de fundamento em um Estado constitucional que, evidentemente, rejeita a visão jusnaturalista não somente por contrariar a idéia da positividade, mas também em razão de sua abstração (quais seriam os direitos naturais? Qual a sua extensão? Qual a forma de resolver conflitos entre eles?).¹⁰

Porém deve, ao mesmo tempo, ficar claro que as imunidades não devem ser consideradas *a priori* como favores ou privilégios concedidos pelo Estado e sim como elementos normativos estritamente vinculados ao exercício de direitos individuais.

No que se refere à necessidade de as imunidades constarem expressas no Texto Maior, há as lições de Carvalho, como se pode verificar em seu conceito de imunidade:

8 TORRES, 1999, p. 58-59.

9 Idem, 1999, p. 51.

10 DIMOULIS e MARTINS, 2007, p. 52-60.

(...) a classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição Federal, e que estabelecem, de modo expresso, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas. (grifos nossos) ¹¹

Torres, diferentemente, defendendo os direitos fundamentais pré-constitucionais como fundamento das imunidades, afirma que não carecem de normas jurídicas contidas no texto da Constituição Federal ou em qualquer outro diploma, já que podem existir independentemente de positivação. ¹²

Os direitos da liberdade e as suas imunidades contra os tributos, quando explícitos, vêm declarados em dispositivos específicos das Constituições ou constam das Declarações de Direito (...). A Declaração de Direitos, ainda que topograficamente incluída no corpo da Constituição, não se confunde com esta sob os aspectos lógico e ontológico. Tem natureza essencialmente declaratória. Não constitui nem outorga direitos, pois estes, quando fundamentais, não decorrem de uma decisão política do povo nem de ato de vontade do legislativo, mas preexistem à Constituição.¹³

Da teoria que se adote, seguem-se conseqüências como a de se entender irrevogável qualquer disposição da Carta Maior no sentido

11 CARVALHO, 2003, p. 181.

12 TORRES, 1999, p. 75.

13 Idem 1999, p. 85.

da intributabilidade de uma pessoa, ou, contrariamente, no sentido da revogabilidade criteriosa das imunidades, conforme seja expressão de liberdades humanas.

AS IMUNIDADES SÃO CLÁUSULAS PÉTREAS?

Qual a conseqüência de se definir a imunidade como regra de competência negativa ou como direito subjetivo público ou como exceção à regra da tributação ou como cláusula expressa na Constituição? E neste último caso, é pétrea ou não?

Analisando as imunidades como regras de competência negativa, Carrazza leciona que a inalterabilidade é uma das características das normas de competência, no sentido de que não elas podem ser alteradas pela própria pessoa política que a detém.

De acordo com o autor, somente a própria Carta Maior pode impor alterações nas competências, por meio de emenda constitucional.¹⁴ Carvalho nega parcialmente tal característica por vislumbrar a alterabilidade como uma das prerrogativas do poder de reforma da Constituição, que sofre, contudo, limitações, em razão da necessidade de observar os princípios constitucionais da federação e a autonomia dos vários entes federativos.¹⁵

Para tais autores, as normas de competência podem ser alteradas por emenda constitucional, desde que observados outros princípios constitucionais, notadamente o da federação e o da autonomia municipal. Somente se contradizem ao conferir enfoques distintos à alterabilidade.

Portanto, por esse primeiro ângulo – normas responsáveis pelo desenho da incompetência tributária –, podemos afirmar alteráveis as

14 CARRAZZA, 2002, p. 568.

15 CARVALHO, 2003, p. 219.

cláusulas de imunidades por emenda constitucional que lhes suprima ou restrinja a abrangência.

Rodrigues defende a impossibilidade de emenda constitucional alterar as imunidades, pois as vislumbra como uma limitação à competência do Estado, que “representa uma segurança aos que estão abrangidos por ela”.¹⁶

E como gênero da não-incidência, do qual são espécies o fato não tributado, a imunidade e a isenção, devemos entender a imunidade como não-incidência permanente e a isenção como não-incidência temporária ou provisória:¹⁷

Tanto o âmbito da isenção como o da incidência compreendem o universo dos fatos econômicos que podem estar ou não sujeitos à incidência tributária. Este universo é mutável a qualquer instante, dependendo da vontade do legislador. Já a imunidade é permanente, no sentido de que, enquanto prevalecer o Texto Constitucional, ela não poderá ser alterada pelo legislador ordinário. A revogação da imunidade só é cabível se houver mudanças nos critérios qualificadores do beneficiário, alterando os requisitos indispensáveis a sua concessão.

Pode-se mesmo classificar a imunidade como direito fundamental do contribuinte, portanto inalterável.¹⁸

16 RODRIGUES, 1995, p. 27.

17 Idem, 1995, p. 23.

18 Idem 1995, p. 23-24.

O autor conclui que as imunidades do artigo 150, VI da Constituição Federal são garantidas como direitos fundamentais e como tais “não poderão ser alterados por Emenda Constitucional”.¹⁹

As lições de Chiesa quanto às imunidades e os princípios garantidores de direitos fundamentais como a liberdade e a propriedade, tocados pela tributação são:

Tanto os princípios quanto as imunidades auxiliam na demarcação da competência tributária, entretanto, são realidades distintas. Os princípios são normas jurídicas que devido a sua carga axiológica, ocupam um lugar de preeminência no sistema, condicionando a interpretação e aplicação de todas as demais normas, subjugando aos seus comandos não só a atividade do legislador, mas também a do aplicador do direito. Já as imunidades constituem hipóteses de afastamento da tributação, previstas no texto constitucional, que estabelecem a incompetência das pessoas políticas de tributarem certos fatos, situações ou pessoas, as quais podem revelar a consolidação de um princípio ou não, mas que, de qualquer forma, com eles não se confundem. Os princípios são diretrizes fundamentais que visam a estruturar o sistema; não contemplam hipóteses de incompetência para tributar, como ocorre com as imunidades.²⁰

Outros autores afirmam a possibilidade jurídica de emenda constitucional, retirando a previsão de imunidades tributárias do Texto Constitucional, a qualquer tempo, e o conseqüente restabelecimento da competência tributária, não sob o argumento de que são regras de

19 RODRIGUES, 1995, p. 36.

20 CHIESA, 2002, p. 312-313.

competência negativa e como tais sujeitas às emendas constitucionais, mas porque conferem àquelas, significado de exceções ao princípio da capacidade contributiva enquanto excludentes de pessoas que detêm capacidade para contribuir, salvo no que se refere à imunidade ontológica²¹ ou recíproca (art. 150, VI, a).²²

Quanto a essa, que importa em exceção ao princípio da capacidade contributiva que, afirma ser indiferente sua presença expressa no Texto Constitucional, uma vez que é consequência natural dos princípios federativos e da autonomia municipal.²³

A imunidade pode também ser analisada como exceção à regra da tributação. Com base nesse fundamento, alguns autores questionam a interpretação extensiva das imunidades, defendendo-as como exceção, cuja interpretação deve ser restritiva. Mas, a imunidade seria o desvio (a exceção) de qual regra?²⁴

Já se afirmou que as imunidades não são exceções, mas regras de tributação, porque, segundo a previsão constitucional da legalidade, ninguém será obrigado a algo sem lei prévia que o estabeleça (art. 5, II da Constituição Federal). Isso é igual a dizer que a regra é a da liberdade geral que pode ser tolhida por lei em nome da convivência social.

O Estado só pode tributar quando e porque o poder constituinte assim o autorizou, indicando-lhe os exatos limites. O contribuinte, por conseguinte, só deve pagar tributo devidamente prescrito em lei.

Das muitas classificações das imunidades, o mais relevante é examinar sua natureza de cláusula constitucional pétrea ou não. As imunidades pétreas são aquelas que não podem ser retiradas do Texto Maior pelo constituinte derivado ou pelo legislador ordinário, pois “contem-

21 COSTA, 1996, p. 71.

22 Idem, 1996, p. 102-103.

23 *Ibid.*, p. 71

24 *Ibid.*, p. 37

plam hipóteses que gozam de proteção constitucional máxima, isto é, da imutabilidade até a superveniência de um novo regime constitucional”.

As imunidades pétreas apartam-se das demais não por sua situação no Texto Constitucional (artigo 150)²⁵, mas em razão da matéria que veiculam, sendo imutáveis as imunidades que preservam a separação dos poderes ou os direitos individuais.²⁶

Em relação às imunidades suprimíveis, elas são todas as que não desfrutam da mesma proteção constitucional, por não veicularem matéria protegida pela intangibilidade das cláusulas pétreas arroladas no § 4º do art. 60 da CF.²⁷

ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Analisaremos dois momentos no qual o Supremo Tribunal Federal foi instado a manifestar-se acerca da relativização e revogação de imunidade tributária:

Posicionamento A: Ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) 939-7 de 1993, decorrente da Emenda Constitucional nº 03/1993 que instituiu o Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira sem a observância do artigo 150, inciso VI, alíneas *a* a *d* da Constituição Federal. Esta ADIN

25 “A posição topológica das normas imunizantes no texto constitucional, por si só, não é suficiente para determinar a eficácia das imunidades, pois não há nesse fato nenhuma relevância jurídica que justifique emprestar maior ou menor eficácia às hipóteses previstas dentro da seção denominada “Das limitações do poder de tributar”, com relação às demais espalhadas pelo texto constitucional. O regime jurídico das várias hipóteses é o mesmo, não há que se fazer nenhuma distinção quanto aos seus efeitos jurídicos, em decorrência dessa circunstância, pois são os mesmos” (CHIESA, 2002, p. 313).

26 PAULSEN, 2002, p. 137-138.

27 Idem, 2002, p. 138.

declarou inconstitucional a emenda, afirmando não excepcional o dispositivo citado²⁸; e

Posicionamento B: RE 372.600-5 de 2003, ensejado pela Emenda Constitucional nº 20/1998 que revogou a imunidade prescrita no artigo 153, §2º, inciso II da Constituição Federal. Não houve ADIN envolvendo o tema, conforme pesquisa solicitada ao Supremo Tribunal Federal, nem decisão no sentido da inconstitucionalidade da emenda.

Analise-se, primeiramente, os fundamentos do primeiro posicionamento. No acórdão, apenas no que se refere à matéria interessante ao presente estudo, a conclusão foi no sentido da inconstitucionalidade do § 2º do artigo 2º da Emenda Constitucional nº 03/1993, por afrontar o disposto no artigo 150, inciso VI da Constituição Federal. Houve dissensão entre as conclusões dos Ministros Sydney Sanches e Marco Aurélio.

O Ministro Sydney Sanches declarava a inconstitucionalidade apenas em relação à alínea *a* do inciso VI do artigo 150 da CF, afirmando que sua revogação é vedada pelo inciso I do §4º do artigo 60 da CF que impede proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa do Estado.²⁹ O Ministro não concluiu pela inconstitucionalidade da revogação das alíneas “b”, “c” e “d”,³⁰ argumentando que

28 Utilizamos a versão eletrônica do acórdão disponível em: [http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=939.NUME.+E+\\$ADI\\$.SCLA.&base=baseAcordaos](http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=939.NUME.+E+ADI.SCLA.&base=baseAcordaos).

29 A referida alínea estabelecia:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...)

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros (...).”

30 As referidas alíneas estabeleciam:

“Art. 150- (...)

VI - instituir impostos sobre: a) (...);

b) templos de qualquer culto;

(...)

14. Quanto às vedações de que trata o inciso VI do art. 150, não me parece que configurem, propriamente, garantias individuais, mas, sim, imunidades tributárias, que, por Emenda Constitucional, se pode excepcionar, quando se autoriza a instituição de tributo novo, desde que não se imponha sacrifício desarrazoado a tais entidades.

15. Isto, porém, com relação às imunidades previstas nas alíneas “b”, “c” e “d” do referido inciso VI do art. 150.³¹

É necessário observar que, no decorrer do julgamento, o Ministro declarou-se convencido pelos argumentos da maioria e considerou que todas as referidas alíneas constituíam garantias fundamentais dos contribuintes e, em razão disso, sua abolição violava a cláusula pétreia que tutela os direitos e garantias individuais.³²

Sua argumentação permanece válida, pois foi posteriormente endossada pelo Min. Octavio Gallotti que só considerou inconstitucional a abolição da imunidade prevista na alínea “a”.³³

O Ministro Sepúlveda Pertence, por seu turno, com voto vencedor nesse ponto, concluiu pela inconstitucionalidade da revogação de todas as alíneas do inciso VI do artigo 150 da CF.

Referindo-se às alíneas “a”, “b”, “c” e “d” afirmou

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.”

31 Folha 69 do voto do Ministro Sydney Sanches.

32 Retificação parcial de voto do Ministro Sydney Sanches, folha 1.

33 Folha 1 do voto do Ministro Octávio Gallotti.

(...) ainda que não se trate tecnicamente de direitos e garantias individuais, as imunidades ali outorgadas (...) constituem, todas elas, instrumentos de salvaguarda fundamentais dos princípios, liberdades e direitos básicos da Constituição, como liberdade religiosa, de manifestação do pensamento, pluralismo político do regime, a liberdade sindical, a solidariedade social, o direito à educação e assim por diante”.³⁴

Veja-se que os Ministros não seguem exatamente as propostas doutrinárias expostas nos apartados antecedentes, um afirmando que as imunidades tributárias não constituem garantias ou direitos fundamentais; outro que são figuras jurídicas diversas dos direitos e garantias fundamentais. Mesmo assim, cobertas pela cláusula que proíbe a abolição dos direitos e garantias fundamentais, por serem “instrumentos” de preservação das liberdades.

Analisaremos em seguida o RE 372.600-5³⁵, o qual julgou constitucional a Emenda nº 20/1998 que suprimiu a imunidade tributária inicialmente prevista no inciso II, do §2º do artigo 153 da Constituição Federal, que assim dispunha:

Não incidirá, nos termos e limites fixados em lei, sobre rendimentos provenientes de aposentadoria e pensão, pagos pela previdência social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a pessoa com idade superior a

34 Folha 3 do voto do Ministro Sepúlveda Pertence.

35 Utilizamos a versão eletrônica do acórdão disponível em: [http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=372600.NUME.+E+\\$RES\\$.SCLA.&base=baseAcordaos](http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=372600.NUME.+E+RES.SCLA.&base=baseAcordaos).

sessenta e cinco anos, cuja renda total seja constituída, exclusivamente, de rendimentos do trabalho.

O fundamento da decisão em análise foi o fato de essa imunidade não corresponder a direito ou garantia individual dos contribuintes: já que sua supressão não afetava a “identidade da Constituição”³⁶ nem “representava ameaça de rompimento da ordem constitucional vigente”.³⁷

Essa decisão levanta uma série de problemas jurídicos, entre os quais se situa a forma de operacionalização e, em particular, da aplicabilidade imediata ou não de imunidades tributárias que apesar de previstas no próprio texto constitucional, estão associadas à necessidade de previsão legislativa concretizadora-regulamentadora.

Essa questão é analisada pela doutrina de direito tributário mediante a distinção entre imunidades condicionadas e incondicionadas, isto é, dependentes de norma infraconstitucional, sendo defendida tanto a tese da aplicabilidade imediata, independentemente da *interpositio legislatoris* quanto a tese contrária e posicionamentos intermediários.

Sem aprofundar o tema, basta observar, que do exposto verificamos uma possível contradição entre os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal e o julgado anteriormente analisado (ADI 939-7).

Para aqueles que consideram as imunidades como normas de incompetência em matéria tributária, modificáveis por emenda constitucional, tal como todas as normas constitucionais que proclamam competências, a decisão procede.

Também será considerado procedente o posicionamento do STF por aqueles que dissociam as imunidades dos direitos individuais, con-

36 A expressão encontra-se no voto do Ministro Gilmar Mendes (p. 2) com referência a Carl Schmitt. (Recurso Extraordinário 372, 600-s)

37 Voto da Ministra Ellen Gracie, p. 4. (Recurso Extraordinário 372, 600-s)

siderando que a extensão e a própria manutenção das imunidades é assunto conjuntural, dependendo de decisão política.

Igualmente concordarão com o posicionamento do STF aqueles que entendem as imunidades como exceção ao princípio da capacidade contributiva.

Inversamente, a comentada decisão parece equivocada para quem interpreta as imunidades como direito fundamental do contribuinte, ou, ainda, como garantia individual. A favor dessa interpretação há pelo menos dois argumentos.

Do ponto de vista da dogmática do direito tributário, quem considera as imunidades como simplesmente “políticas”, conjunturais e suprimíveis identifica a figura da imunidade com a figura da simples não-incidência que não impede a tributação.

Do ponto de vista da dogmática dos direitos fundamentais, a abolição de uma imunidade equivale à permissão de maior intervenção na área de proteção do direito fundamental à propriedade dos contribuintes afetados, além de constituir hipótese de interferência indireta em outros direitos fundamentais, tais como a liberdade profissional, o direito à educação, os direitos de participação política, dependendo do setor que afeta a abolição da imunidade.³⁸

Também pode se argumentar que a imunidade constitui um direito fundamental próprio e autônomo que consiste em não ser tributado em determinadas hipóteses.

Admitindo a primeira alternativa, a abolição de uma imunidade mediante emenda constitucional só será inconstitucional como violadora de cláusula pétrea se considerarmos que tende a abolir o direito

38 Sobre os conceitos de área de proteção do direito fundamental e de intervenção estatal, assim como sobre os instrumentos dogmáticos que permitem decidir sobre a constitucionalidade de tais intervenções, cf. DIMOULIS e MARTINS, 2007.

à propriedade ou algum dos demais direitos fundamentais reflexivamente atingidos.

Na segunda hipótese, a revogação da imunidade seguramente tende a abolir o direito fundamental próprio e autônomo, sendo a revogação contrária à proibição de abolir direitos individuais conforme o art. 60 da Constituição Federal.

Somente um minucioso trabalho de interpretação constitucional, levando em consideração a doutrina e jurisprudência nacional e as experiências no direito estrangeiro podem indicar qual é a melhor alternativa interpretativa e, concretamente, qual a relação das imunidades tributárias constitucionalmente previstas com as cláusulas pétreas do art. 60 da Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Seja qual for a melhor interpretação, devemos ressaltar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na matéria apresenta focos de contradição, não contribuindo para o fortalecimento da segurança jurídica.

A doutrina revelou vários casos de contradições internas em decisões do Supremo Tribunal Federal³⁹ que sustentam a instabilidade e comprometem a credibilidade dos mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade, que deveriam propiciar clareza jurídica sobre os limites de atuação do poder legislativo, inclusive do poder constituinte reformador.

Nesse sentido, é imprescindível que o Supremo Tribunal Federal e a jurisprudência em geral, guardiões da Constituição, adotem teorias jurídicas de maneira clara e ofereçam a necessária e detalhada fundamentação. Além disso, cabe à doutrina jurídica analisar criticamente

39 Cf. Recente análise de caso em MARTINS e PAVAN, 2007.

as decisões dos tribunais e, ao apontar contradições ou insuficiências argumentativas, promover o aperfeiçoamento do sistema jurídico, exercendo um papel de vigilância teórica.

REFERÊNCIAS

- ALEXY Robert. On the structure of legal principles. **Ratio Juris**. v. 13, n. 3, p. 294-304, September 2000.
- CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CHIESA, Clélio. **A competência tributária do Estado Brasileiro: desconexões nacionais e imunidades condicionadas**. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- COSTA, Regina Helena. **Princípio da capacidade contributiva**. São Paulo: Malheiros, 1996.
- DIMOULIS, Dimitri. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: problemas de concretização e limitação. **Revista dos Tribunais**, v. 832, 2005, p. 11-25.
- _____. **Positivismo jurídico**. São Paulo: Método, 2006.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- LUNARDI, Soraya. A sentença determinativa (re)conhecida. In: NERY, Rosa Maria Andrade (org.). **Função do Direito Privado no atual momento histórico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 73-93, 2006.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; PAVAN, Cláudia Fonseca Morato. A utilidade do controle concentrado de constitucionalidade, sob o prisma do princípio da segurança jurídica, à luz de um caso concreto. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, n. 2, 2007, p. 189-217.
- MODUGNO, Franco. Principi generali dell'ordinamento. In: MENGONI, Luigi et al. **Sistema e problema**. Saggi di teoria dei sistemi giuridici. Torino: Giappichelli, 2000, p. 47-107.
- PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição, Código Tributário Nacional e Lei de Execução Fiscal à Luz da Doutrina e da Jurisprudência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

RODRIGUES, Denise Lucena. **A imunidade como limitação à competência impositiva**. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Os Direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia (v. 3). Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

TAVARES, André Ramos. Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional. In: LEITE, George Salomão (org.). **Dos princípios constitucionais**. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 21-51.

FUNCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E FUNÇÃO SOCIAL

Jussara Suzi Assis Borges Nasser FERREIRA

A finalidade é criadora de todo o direito, não existe norma ou instituto jurídico que não deva sua origem a uma finalidade. De maneira direta e incomparável, Ihering conduziu suas convicções acerca da existência do direito em função da sociedade de conformidade com suas idéias e ideais. Defendendo o direito como prática social, o autor, destacou **os fins práticos e sua finalidade** no contexto dos conflitos sociais e individuais¹.

Recepcionado internacionalmente e ilimitadamente há mais de um século, o pensamento de Ihering foi responsável pela iniciativa de uma jurisprudência pragmática, fundada, por primeiro, no interesse e, na seqüência, nos valores. Responsável pela concepção do interesse juridicamente protegido foi precursor no âmbito dos direitos subjetivos por defender o sentido social, indispensável aos direitos privados. Assim, questionou os limites dos direitos privados na perspectiva jurídico-histórica, analisando a real liberdade focada no interesse individual em detrimento do interesse social.

Em verdade, o predomínio da tutela das liberdades decorria da concepção do Estado Liberal que legitimava tais prerrogativas, próprias do individualismo, que conduziu para a teoria do direito, conceitos pretéritos extraídos do direito natural, e, nesse contexto, transferindo o indivíduo e seus interesses para o centro do universo jurídico. Com

¹ IHERING, Rudolf von. **A finalidade do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

efeito, institutos como a propriedade, receberam tutelas irrestritas tornando o proprietário sujeito de direito exclusivo como se fosse independente da própria sociedade em que convivia.

A crise e superação do individualismo desvelam o papel do indivíduo limitado, não só pelos próprios fatores sociais, mas, ora em diante, pela evolução do próprio pensamento jurídico. É deste período que surge no final do século XVIII a concepção e a expressão Função Social da Propriedade. A sociedade e o direito assistiam a passagem da concepção individualista para novos planos da consciência jurídica com vistas aos valores jurídicos, e, por via de consequência, às tutelas coletivas. A influência e a contribuição da obra de Ihering na abordagem da função social e dos fins do direito conjugam bem jurídico no passado, no presente e, principalmente, para o futuro que a pós-modernidade, finalmente, principia por recepcionar. Assiste-se à saída do pretérito do passado para o futuro do presente. O verbo de ouro do flexionismo iheringiano abre caminhos ao desenhar sulcos sociais, condutores primeiros da socialização do Direito.

Posteriormente, Pound preconizou ser indispensável que:

o jurista tenha mais a fazer do que reconhecer o problema e compreender que este se lhe apresenta como sendo uma questão de garantir todos os interesses sociais, enquanto puder, de manter o equilíbrio ou harmonia entre interesses, enquanto for compatível com a garantia de todos eles (...) E daí a proposta de converter o pensamento jurídico numa engenharia social (...) O fim da ordem jurídica só pode ser, pois, o de impedir o desencontro entre as classes e o eliminar o desperdício dos recursos garantindo-lhes a mais larga distribuição, de modo tal que, se não tudo o que se deseje

possa ser assegurado. Ao menos que seja distribuído a cada um o máximo possível; e considerando o discurso nestes termos, procuramos satisfazer o maior número de exigências e necessidades humanas – i. é, grande parte do global complexo dos interesses – com o mínimo sacrifício desses mesmos interesses.²

O pensamento funcional defende a busca de soluções mais adequadas à sociedade sem querer, com isso preterir as soluções individuais, mas contextualizá-las de forma mais explícita no ambiente em que, de fato, se inserem objetivando socialmente soluções mais convenientes para o corpo social.

A funcionalização é inerente ao direito, não havendo direito sem um fim. Assentadas essas primeiras premissas, cabe investigar a função do direito a partir de uma perspectiva teórico-conceitual, objetivando apreender outros ambientes onde **a função demarca limites, sendo em si, princípio, meio e fim.**

Função, segundo Calmon de Passos:

seria a maneira concreta de operar de um instituto, de um direito, de uma organização etc. Parece-me valioso, portanto, para maior precisão do conceito de função, distinguirmos a atividade ou o operar do indivíduo voltado para seus objetivos pessoais, daquele que realiza direcionado para alcançar objetivos relacionados com interesses que o ultrapassam, dizendo mais diretamente com os da convivência

2 POUND, Roscoe. **Justiça conforme a lei**. 2. ed. São Paulo: IBRASA, 1976.

social. Eis o que para mim é função um atuar a serviço de algo que nos ultrapassa.³

A função do direito tem sua importância e significado destacados no âmbito da ciência jurídica com o reconhecimento da Jurisprudência dos Valores, como preconizada por Ihering enquanto critério de valoração e definição dos fins sociais do direito.

Historicamente, são visitados, ainda que de forma sintética, os contextos pretéritos, de sensível evolução, centrando a individualidade e a socialidade dos interesses jurídicos desde o iluminismo:

o cuidado com a função social do agir humano surgiu como reação à postura que o iluminismo introduziu na cultura ocidental a descentração do indivíduo em face da sociedade. A modernidade se contrapôs ao comunitarismo da Idade Média e da Antigüidade, privilegiando o indivíduo e sua autonomia, tanto no espaço político quanto no econômico. As conseqüências são bem conhecidas e revestiram-se da denominação genérica de questão social (...) Daí que (...) buscou-se definir limites à autonomia privada, com vistas a preservar a convivência social desejável. (...) Passou-se a falar em função social da propriedade, da empresa, do capital etc. (...) E essa reflexão produziu frutos com o Estado de Direito Democrático Social mediante o denominado dirigismo contratual e pela intervenção estatal no domínio

3 PASSOS, J. J. Calmon de. Função social do processo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3198>>. Acesso em: 07 nov. 2006.

econômico, inclusive o desafio de nossos dias de definir a função social (...).⁴

O dirigismo estatal somado à intervenção no domínio econômico exerce importante papel na medida em que expressa limites à clássica autonomia privada, como concebida pelo Estado liberal:

(...) de quanto dito, conclui-se que se, no âmbito do direito público, o poder existe nos limites da outorga, por conseguinte, estritamente em termos de competência, tudo o mais lhe sendo vetado. No campo da autonomia privada é o inverso que se dá, legitimado o particular a explicitar sua liberdade com amplitude, salvo os limites e obstáculos postos expressamente pela lei.

Investigando os limites da outorga de competências e as liberdades no âmbito privado, frente ao Estado Democrático de Direito e Social, capta-se a funcionalização do Direito em direção à própria realização dos fins sociais, colimados por este modelo estatal, definido pela função promocional, principalmente dos direitos sociais, buscando viabilizar determinadas metas políticas. Entretanto, a atrofia de certas funções estatais impede a efetivação dos direitos sociais, atingindo, de forma impeditiva, a concretização de certas e definidas funções do direito, em especial, a função social intimamente ligada aos direitos sociais. O desvio das funções do Estado conduz para o desvio, em maior ou menor grau, da função do direito. Imperdoável ruptura, nesse particular, é aquela observada pelo câmbio inaceitável de parte do Estado

⁴ PASSOS, J. J. Calmon de. Op. Cit., 2002.

ao confundir propósito, fins políticos, fins econômicos em detrimento dos fins sociais. Nessa perspectiva, pode ser observada a rejeição pelo Estado de seu próprio modelo social. Pretender realizar a função do direito, em especial no âmbito privado, torna-se tarefa de difícil alcance, pois que a realidade social não vem sendo alcançada pela práxis do direito, como idealizada.

FUNÇÃO SOCIAL E CONSTITUCIONALIZAÇÃO

Função social, conseqüentemente, pode ser entendida como atividade transcendente, descolada do interesse individual, voltada à realização do interesse social.

A função social é princípio constitucional, limitador do exercício de uma gama de direitos, pautado pela realização do bem comum.

As mudanças experimentadas pela sociedade reverteram a perspectiva de outrora, deslocando a “primazia do individual para o coletivo; da vontade para a norma jurídica; da liberdade para a cooperação (...)”. O homem, então, valorizou-se não por suposta individualidade formal e egoística, mas pela sua substância e integração na coletividade. Teve de se sintonizar com seus (dela) interesses gerais (considerados a partir do que a maioria entende como tais). Daí porque as atividades sociais ou econômicas das pessoas, os bens que os complementam, as regras jurídicas, enfim, têm de ser compreendidas pela sua “funcionalização”, pela sua legítima, escoreita e regular prestabilidade jurídico-social, mediante aferição conforme a Constituição Federal e as suas

pautas axiológicas, tradutores dos fundamentos e objetivos da nação brasileira.⁵

Na atualidade, por conta do pensamento crítico respaldado pelas pautas axiológicas estabelecidas na Carta Magna, a discussão acerca da funcionalização do Direito realiza-se de forma plural, presente nos mais diversos contextos jurídicos, reforçada pela própria constitucionização do Direito.

Segundo Norberto Bobbio, os direitos sociais contrapõem-se aos direitos individuais, porém, considerando todos os indivíduos como pessoas sociais:

(...) o fundamento da forma de governo democrática em oposição às várias formas de governo autocráticas, que dominaram grande parte da história do mundo, é o reconhecimento da “pessoa”. Ora, o homem é ao mesmo tempo “pessoa moral”, em si mesmo considerado, e “pessoal social” (recordemos o celeberrimo “animal político” de Aristóteles), já que vive, desde o nascimento até a morte, em vários círculos, que vão da família à nação, da nação à sociedade universal, através dos quais a sua personalidade se desenvolve, se enriquece e assume aspectos diversos, de acordo com os diferentes círculos nos quais vive (...). À pessoa moral referem-se especificamente os direitos de liberdade, à pessoa social, os direitos sociais.⁶

5 JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 39.

6 BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**. Organizado por Michelangelo Bove-ro. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 2000.

A pós-modernidade confronta os princípios da liberdade e da igualdade sem arredá-los dos fins do Direito e, portanto, da própria função social do Direito.

Pode-se também acrescentar que, enquanto os direitos individuais se inspiram no valor primário da liberdade, os direitos sociais se inspiram no valor primário da igualdade. São direitos que tendem, senão a eliminar, a corrigir desigualdades (...).⁷

A Carta Constitucional de 1988, ainda que de modernidade tardia, fez referência expressa à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, visando a redução das desigualdades sociais.

De acordo com Fachin⁸ “Quando a Constituição prevê que na ordem econômica um dos princípios básicos é a função social, o legislador constituinte funcionaliza a ordem econômica. E quem funcionaliza, limita, porque lhe dá uma direção”.

Toda a ordem econômica está voltada a um liberalismo-social ou socialismo liberal, que, no dizer de Miguel Reale e Oscar Corrêa compõem a terceira via da economia moderna. Ambos autores mostram que a economia de mercado, perfilada pelo constituinte de 1988, **está temperada por valores sociais**, ao ponto de os dois fundamentos maiores

7 BOBBIO, Norberto. Op. Cit., 2000.

8 FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 208-209.

do artigo 170 referirem-se, de um lado, à valorização do trabalho humano e, de outro, à livre iniciativa.⁹

A função social, como contemplada pela Carta Magna, excede para fazer a conexão indispensável em relação aos próprios fins da reconstrução do direito no contexto atual.

O momento constitucional sob análise, não deve descurar da importância e a expressiva consideração das titularidades plurais dirigidas para os fins práticos, como emergidos do universo social.

A previsão constitucional do artigo 170 da Magna Carta é, inegavelmente, núcleo de revalorização do sujeito, aquele mesmo espectador dos fins práticos. A ordem econômica constitucional torna assentar a dignidade humana do sujeito para então, recolocá-lo nos diversos lugares que realmente ocupa em sociedade. Assim, o primeiro sujeito nomeado pela ordem, é o trabalhador, seguido do empresário, aquele da livre iniciativa, quiçá o empregador. A esses sujeitos a promessa de segurança e esperança do trabalho humano digno e da liberdade equilibrada. Na indicação do cardápio principiológico do artigo 170, e incisos, o sujeito é eleito, sem dúvida, o titular dos ditames da justiça social; define-se como cidadão no âmbito da soberania nacional, seguido do sujeito-proprietário da propriedade privada e funcionalizada. Por fim, o sujeito-consumidor, de bens, serviços, valores, princípios e justiça social. Não há no ordenamento jurídico pátrio similar contemplação do sujeito, contextualizado vezes tantas, como sujeito de titularidades, como defende Luiz Edson Fachin.¹⁰

9 MARTINS, Ives Gandra da Silva. As contribuições de intervenção no domínio econômico e a Constituição. Disponível em: < <http://www.idtl.com.br/artigos/50.html> >. Acesso em: 07 abr. 2007.

10 FERREIRA, Jussara S. A. B. N.; MAZETO, Cristiano de Souza. Op. Cit., 2005, p. 86-87.

A função social como princípio constitucional, ao limitar institutos clássicos do direito, redireciona o conceito de sujeitos do direito para focar as muitas titularidades consideradas, obrigatoriamente, a partir das bases principiológicas indispensáveis à eficácia social da dimensão da funcionalização, introduzindo postura metodológica que conduz para uma compreensão trina referente ao contrato, à empresa e a propriedade.

FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

A relevância dos pactos para o direito eleva-se à relevância da pessoa, da família e patrimônio. Não por outra razão, Luiz Edson Fachin consigna em suas travessias que “da erupção do sistema individualista chegou-se à função social”¹¹.

O declínio do individualismo somado à decadência do formalismo jurídico expõe à reflexão o individualismo contratual e o predomínio da vontade do contratante, viga mestra dos pactos sem limites. O modelo liberal de vida privada desgasta-se em razão de seus próprios fundamentos.

As relações contratuais permaneceram encarceradas nas torres encasteladas da vontade individual. O sujeito contratante manteve intacta por longos períodos a tutela absoluta da autonomia da vontade em nome da qual tudo podia, até mesmo e, principalmente, manter as desigualdades negociais. Desde aquele período, predomina a concepção do uso e manipulação do contrato como instrumento de dominação social. De lá para cá as mudanças se fizeram lentamente.

11 FACHIN, Luiz Edson. Op. Cit, 2000, p. 323.

A crise do contrato denuncia a excessiva liberdade das partes e a manutenção ficta de um plano de igualdades formais, despidido de materialização e apegado ao modelo oitocentista do Código Francês de 1804, garantidor das desigualdades sociais.

O estudo da autonomia privada retoma, pela sua importância, as reflexões do direito continental. Veja-se em Emílio Betti o questionamento do tema como colocado no âmbito do negócio jurídico, considerando o instituto como auto-regulamento direto, individual, concreto em relação a determinado interesse próprio.

Se ogni negozio è essenzialmente un fatto sociale e l'autonomia privata è un fenomeno sociale, è agevole intendere come anche il negozio giuridico debba soddisfare quell'esigenza di riconoscibilità che domina tutta la vita sociale, essere cioè un fatto socialmente riconoscibile.¹²

Betti inicia, a seu tempo, a discussão acerca da natureza do contrato enquanto fato social e da autonomia privada, por via de consequência, como fenômeno social. Ao apontar para tal dimensão valoriza a perspectiva social, porém, não enfrenta a questão da imposição dos limites que, posteriormente, dominam a reflexão acerca da autonomia.

Cabe salientar, com Federico de Castro Y Bravo o perfil da autonomia privada enquanto poder reservado às partes no âmbito do negócio jurídico. Castro Y Bravo, com elegância intelectual, resgata a historicidade da autonomia privada, lembrando o conhecido regime do “Derecho de los señores”. Tinha início a defesa da limitação da

12 BETTI, Emílio. **Teoria generale del negozio giuridico**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, p. 54.

vontade individual a partir da crítica ao positivismo legalista defensor da autonomia privada, culminando com a própria crise da autonomia ilimitada. A investigação conclui pela imposição de limites aos excessos da autonomia privada para restringir seu alcance.

*No obstante esta especie de círculo infernal, la autonomía privada pervive. Lo que puede explicarse por los encontrados intereses de las fuerzas sociales en lucha, por el valor mismo de las ideas de libertad e igualdad para la propaganda política, y, sobre todo, por esa necesidad interna que siente toda ordenación jurídica de justificarse en principios de Justicia.*¹³

De fato, a autonomia privada não só sobrevive como convive com os limites impostos, indispensáveis à consagração dos interesses sociais, reafirmando, a um só tempo, que a questão mais tormentosa refere-se à imposição de limites. Nessa direção, a doutrina majoritária sustenta a necessidade de ser a autonomia privada redimensionada no ambiente negocial, onde há, de forma inegável, sua concretização.

Para Francisco Amaral:

O princípio da autonomia privada se apresenta bastante limitado nas possibilidades de seu exercício pela ingerência do Estado na economia (...) por outro lado, sob o ponto de vista político, constitui-se em um âmbito de atuação político-jurídico individual com eficácia jurídica, garantia de sobrevi-

13 CASTRO Y BRAVO, Federico. **El negocio jurídico**. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 17-18.

vência de realização dos postulados básicos da liberdade e do reconhecimento do valor jurídico da pessoa humana.¹⁴

A limitação da autonomia privada vem definida pela ordem pública, pelo princípio da função social, pelos bons costumes e pelo princípio da boa-fé. Não se questiona a necessidade da liberdade para negociar desde que considerada a questão da igualdade ao contratar. A mudança de paradigma contribui na pós-modernidade para o assentamento da definição dos limites indispensáveis ao novo modelo negocial.

A FUNÇÃO SOCIAL E O CÓDIGO CIVIL DE 2002

A consagração da função social do contrato pela codificação civilista de 2002 decorre de uma outra ordem de funcionalização, esculpida pela melhor doutrina, quando introduz a discussão na dobra da constitucionalização. Assim, abordando brevemente perfis históricos da socialização, cabe referir que há décadas se faziam presentes discussões pontuais relativas à funcionalização, como referida.

A Carta Magna de 1988 ao funcionalizar a ordem econômica, preservando o princípio da livre iniciativa, avançou causando alguma complexidade. No contexto da livre iniciativa contida está a autonomia privada sem se confundirem. O fundamento de tal invocação continua dirigido aos limites impostos a essa livre iniciativa interpretada de acordo com os demais princípios estruturantes da ordem econômica. A esta altura da discussão, falar em constitucionalização do direito privado é tratar da preponderância dos valores sociais.

¹⁴ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 349.

A Constituição Federal, em seu artigo 170 assenta os fundamentos da ordem econômica na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, indicando os fins propostos ao buscar assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Determina mais, que tais fins sejam alcançados com a observação dos princípios da soberania nacional, da propriedade privada, da função social da propriedade e da livre concorrência. A ordem econômica vem assim, informada por princípios e fins. Limitada de forma especial, pela função social que predomina, alcança o universo negocial, em seu complexo de relações contratuais, redefinidas pelos novos e predominantes valores, emergidos das pautas axiológicas constitucionais.¹⁵

A função social, como princípio define as possibilidades e limites do equilíbrio entre as liberdades e igualdades, indispensáveis à relação negocial pautada pela socialização do direito privado.

Não se pode falar em contrato sem autonomia da vontade. Mesmo em um sistema como o nosso que toma por **princípio maior a função social do contrato**, este não poderá, obviamente, ser distendido a ponto de neutralizar a livre iniciativa das partes (...).¹⁶

A questão fundamental resume-se em assegurar a liberdade e igualdade das partes em contratar como prerrogativa e faculdade atendendo a realização da função social. Impõe-se a formação e celebração dos pactos à luz das concepções da pós-modernidade. O dogma do individualismo está morto!

15 FERREIRA, Jussara S. A. B. N.; MAZETO, Cristiano de Souza. Constitucionalização do negócio jurídico e ordem econômica. In: **Argumentum**. Revista da Faculdade de Direito da UNIMAR, v. 5. Marília: UNIMAR, 2005, p. 86.

16 GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 38-39.

Segundo Paulo Nalin:

Em perspectiva, finalmente, coloca-se a autonomia privada, estruturada pela Constituição da República, a partir da livre iniciativa; e, nesta fonte, qualificada como direito fundamental relativa ao seu tempo, sendo ela, a meu ver, antes, uma decorrência da estrutura (razão) socializante do atual sistema privatístico do que um isolado princípio do Direito Privado que sofre os limites, influxos, talvez, de um forte constitucionalismo. (...) A autonomia privada está socialmente funcionalizada, e, por conseqüência, seus institutos derivados favorecem a pessoa, numa ótica relacional.¹⁷

A função social do contrato alcança maturidade no plano teórico onde os estudos conceituais e analíticos tratam da matéria com a fundamentação indispensável à apreensão das bases socializantes, trazidas pelo pensamento jurídico pós-moderno. Mas, de quanto dito anteriormente, a reflexão indispensável reside não mais naquele ponto e, sim, na efetividade da função social devendo coincidir com o plano da eficácia negocial. Ao negócio jurídico, além dos planos da existência, validade e eficácia (ser, valer e produzir efeitos), nesse terceiro e último plano deve estar concretizada a eficácia social da negociação.

FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

A função social da empresa vem definida pelo próprio contexto de socialização do direito privado imbricada à função social do contra-

17 NALIN, Paulo Roberto Ribeiro (coord). **Contrato & Sociedade**: princípios de direito contratual. Curitiba: Juruá, 2006, p. 43. v. II.

to e à função social da propriedade. Em síntese estreita, pode-se afirmar que na empresa estão presentes os contratos (teoria contratualista) desde a formação da empresa até todas as formas de circulação de bens e mercadorias, lembrando ainda as relações empregatícias, tão próprias do ambiente empresarial.

A propriedade é inerente à empresa, proprietária de um conjunto de bens que excedem a conformação tradicional do conceito de propriedade para atender o perfil da chamada propriedade empresarial.

A ordem econômica e financeira, estatuída pelo artigo 170 da Carta Magna, está socializada, alcançando três das vigas estruturais que fazem a sustentação do direito privado, nessa perspectiva: o contrato, a empresa e a propriedade.

A exemplo da função social do contrato (art. 421 do Código Civil) a liberdade da empresa no exercício de suas atividades esta condicionada ainda, pelos **limites da função social** expressando, paradoxalmente, para o setor empresarial, possibilidade de novas ações, exigidas pelo mesmo mercado, acostumado ao melhor lucro, pelo menor custo.¹⁸

A evolução da teoria empresarial a exemplo da teoria contratual e da propriedade recepciona a função social do direito privado.

Por estas texturas, a atividade empresarial, a caracterização do empresário e o exercício da atividade negocial conduzem à releitura dos perfis da empresa.

18 FERREIRA, Jussara S. A. B. N. Função social e função ética da empresa. In: **Argumentum**. Revista de Direito da Universidade de Marília. v. 4. Marília: UNIMAR, 2004, p. 44-45.

A doutrina clássica de Asquini pontuou, de forma objetiva, os perfis da empresa, corporificada pelo Código Civil em artigos diversos. Para o autor a empresa tem **perfil subjetivo** e relativo ao empresário (art. 966, CC); **perfil objetivo ou patrimonial** disciplinador do estabelecimento e seu patrimônio (art. 1.142, CC); **perfil funcional ou dinâmico** referente à atividade empresarial (art. 972, CC); e **perfil corporativo** referente a própria empresa como instituição.¹⁹

As concepções tradicionais, como acima apontadas, estavam afeiçoadas à concepção da empresa como organização econômica voltada para fins lucrativos. O perfil funcional guardava a dimensão da atividade empresarial exercida com fins econômicos e lucrativos. Presentemente, a compreensão do perfil funcional desvela um outro nível de funcionalidade, revelando o perfil social da empresa que não deixa de ser organização econômica, mas, agora é comprometida com a dimensão jurídica e social.

O art. 2035, parágrafo único, do Código Civil disciplina novo regimento recepcionando a funcionalização de todas as convenções, alcançando, evidentemente, as empresariais: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

O conceito contemporâneo de empresa passa a ser disciplinado tanto pelo ambiente econômico, como pelo jurídico. A liberdade de iniciativa exerce função limitadora no plexo negocial agregando valores e modernizando, a um só tempo, o conceito de empresa e, principalmente, da atividade empresarial tanto quanto influenciada pelas significativas modernizações decorrentes do ambiente econômico, jurídico e da sociedade de consumo.

19 ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. v.35, n. 104, p. 109-26, out./dez. São Paulo: 2000.

(...) A forte transformação experimentada pelas atividades comerciais que, além de serem desenvolvidas espacialmente, por força do aumento do volume de operações negociais, dificulta a aplicação das normas de direito comum que tinham por escopo reger negócios pontuais. Entretanto é essa organização, a empresa, que desponta com vigor em face da enorme transformação das atividades negociais, baseadas no comércio. (...) A intensidade do tráfico negocial imposto pela industrialização incipiente requer regras que contemplem não apenas a velocidade com que as operações são realizadas, mas, sobretudo, a repetição de padrões e a necessidade de novos instrumentos que reflitam as mudanças no processo negocial.²⁰

A retomada de um padrão moral empresarial desponta como decorrência da busca do equilíbrio do livre mercado somada aos interesses sociais. A sociedade de consumo, o novo contorno das atividades empresariais fazem despertar na empresa a necessidade de reflexão acerca de suas ações e funções em um mundo globalizado, onde diferenciais passam a ser imperiosos como forma de estar no mercado.

As empresas são instituições econômicas que, visando ao desenvolvimento das atividades de produção e distribuição de bens e serviços, criação de riquezas ou utilidades, são disciplinadas pelo direito e pela economia. São criações de iniciativa econômica reguladas pelo direito. São uma *fattispecie*

20 SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa:** atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004, p. 21e-22.

originária, devem ter suporte fático próprio, não derivado da noção de empresário.²¹

Em estudo anterior, abordei a aproximação inseparável da função social e moral da empresa.

A função social da empresa surge mesclada com ações sociais, inspiradas em direitos nobres, como a tutela do meio ambiente, melhoria do ambiente e relações de trabalho, projetos e complementares de auxílio à família do trabalhador. **A função social da empresa** delimitada pela ordem econômica constitucional e de acordo com o pensamento funcionalista passa a ser definida na perspectiva da busca de equilíbrio entre os interesses da empresa e os interesses da sociedade de consumo.²²

O artigo 170 da Constituição Federal, *locus* de titularidades plurais, elege a empresa como organização jurídica receptora de intensa carga de contemplação dos valores sociais. Sendo a empresa núcleo de titularidades absorve às inteiras os dispositivos aplicáveis a ordem econômica, como pontuados pela Carta Magna. Já se disse alhures.

Com efeito, a função social da empresa está atrelada ao acatamento e cumprimento de todos os princípios contidos no citado dispositivo e complementado pelo desenvolvimento regular de suas atividades empresariais com a observância dos mandamentos constitucionais. As atividades empresariais devem atender os interesses não só individuais como os interesses de todos os envolvidos na rede de produção e circulação de riquezas, vale dizer, interesses sociais.

21 Idem, p. 177.

22 FERREIRA, Jussara S. A. B. N. Op. Cit., 2004, p. 46.

De tudo quanto dito acerca da função social do contrato, cabe retomar, igualmente, a questão insuperável da materialização da função social da empresa. A concretização da efetividade da função social empresarial é, verdadeiramente, ponto crucial na cena da socialização que retoma os fins práticos, tão discutidos em ceira de efetividade.

Ao próspero ambiente teórico deve reunir-se a prática dos fins, superadora dos limites ditados pela baixa eficácia, oportunizando a concretização, repita-se, do equilíbrio entre liberdade e igualdade. A nova empresa para além dos fins próprios e intrínsecos da atividade empresarial visa atender, de forma coerente e consistente, os propósitos da materialização, indispensáveis à função social.

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

O art. 5º da Constituição Federal consagra entre os direitos e garantias fundamentais o *direito à propriedade*, assegurando a função social da propriedade no artigo 170, inciso III.

Eros Roberto Grau entende que o princípio da função social é pressuposto necessário da propriedade privada. Sua idéia é de vínculo que atribui à propriedade um conteúdo específico que a conduz a um novo conceito.²³

Nada obstante, apesar do novo conceito de propriedade, ao romper com a tradição secular do individualismo patrimonial mais expressivo, ainda permanece a percepção equivocada e surgida da revolta do individualismo.

José Afonso da Silva preleciona que:

23 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 252-352.

(...) a **função social da propriedade** não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade, pois estes dizem respeito ao exercício do direito do proprietário. A **função social da propriedade** privada surge em razão da utilização produtiva dos bens de produção, proporcionando crescimento econômico e produção de riquezas na forma de um bem estar coletivo.²⁴ (destaques do autor)

A utilização produtiva dos bens de produção legitima o direito de propriedade. O inverso, a não utilização produtiva de bens de produção legitima a (des)função social da propriedade, em especial, a propriedade rural.

De acordo com a doutrina de Adonis Callou de Araújo Sá:

A função social, portanto, na concepção dos estudiosos mais acatados, incide no conteúdo do direito de propriedade, impondo-lhe novo conceito. A constituição posiciona a propriedade privada como princípio da ordem econômica, submetendo-a aos ditames da justiça social. É dizer que se legitima a propriedade enquanto cumpre sua função social. É importante destacar que a disciplina constitucional deve orientar a compreensão das normas de direito privado sobre o direito de propriedade, e não o contrário, como costuma ocorrer na prática jurídica nacional.²⁵

24 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 269-283.

25 ARAÚJO SÁ, Adonis Callou de. Função social da propriedade e preservação ambiental. **Boletim dos Procuradores da República**, n. 19, p. 10-18, nov. 1999.

O Código Civil disciplina o direito de propriedade a partir do art. 1.225 para no artigo 1.228, estabelecer o exercício de tal direito. Assim é que, no parágrafo primeiro, limita o instituto vinculando o exercício em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

As limitações estabelecidas pela legislação não retiram da propriedade a característica de direito individual. Só quando se estabelece o conflito entre o *interesse público* e, portanto, social, e o interesse do indivíduo é que prevalece aquele, utilizando então, o Estado, o instrumento da desapropriação como meio de defesa desse interesse.²⁶ (destaques do autor)

O direito de propriedade perdeu sua característica absoluta, exclusivista, no sentido da utilização e disponibilidade egoística dos bens, para apresentar-se permeado pelo perfil da funcionalização.

A idéia da função social da propriedade – nessa acepção clara de um dever do proprietário de atender à sua natural finalidade econômica e social com ao bem estar social – não pode ser tida como contrária à peculiar natureza da propriedade privada, como quer Castán Tobenás. Continuará acentuada na prerrogativa do proprietário de usar, gozar e dispor dos seus bens (e o raciocínio tem em vista, sobretudo a propriedade imobiliária), apenas condicionado o seu exercício à função social

26 ARAÚJO, Telga Gomes. Função social da propriedade. In: **Enciclopédia Saraiva do Direito**. v. 39, São Paulo: Saraiva, 1977.

que lhe é intrínseca e que deve ser atendida pelo seu titular em nome e em favor do bem comum.²⁷

A defesa clássica da função social, consignada pela melhor doutrina, antecedeu a Constituição atual. A funcionalização da propriedade decorre de uma consciência social universal impondo ao legislador o reconhecimento de um direito posto, como enfatizado por Eros Grau.

A função social da propriedade urbana e rural absorve os impactos decorrentes de conflitos injustificáveis como aqueles vividos pelo movimento dos sem terra no país. Assiste-se a um movimento que constata, neste particular, a vocação ideal do discurso constitucional para evidenciar, *in casu*, **a propriedade sem função social**, a propriedade desamparada de uma política voltada para a efetivação dos fins práticos.

Em relação à propriedade urbana a realidade não se modifica. Verifica-se a desatenção das políticas públicas em relação a efetivação das pautas axiológicas constitucionais.

A propriedade deve ser compreendida como um direito harmonizador de interesses ultrapassando o mero individualismo para viabilizar as conexões indispensáveis ao equilíbrio das relações sociais.

FUNCIONALIZAÇÃO DO DIREITO, FIM SOCIAL E BEM COMUM

FIM SOCIAL

O fim social, como bem observa Tércio Sampaio Ferraz Jr., são do Direito, pois a ordem jurídica, como um todo, é um conjunto de

27 ARAÚJO, Telga Gomes. Op. cit.

normas para tornar possível a sociabilidade humana; logo, dever-se-á encontrar nas normas o seu fim, que não poderá ser anti-social.²⁸

Não há lei que não contenha uma finalidade social imediata. Por isso o conhecimento do fim é uma das preocupações precípua da ciência jurídica e do órgão aplicador do direito. O princípio da finalidade da lei norteia toda a tarefa interpretativa na busca da autêntica *men legis*; por estar, como ensina Celso Antonio Bandeira de Mello, contido no princípio da legalidade, logo, a aplicação da lei em desconformidade com seus fins, constitui ato de burlar a lei, pois quem desatende ao fim legal está desvirtuando a própria lei. É na finalidade da lei que está presente o critério de sua correta aplicação a um dado caso. Se o direito consiste em atingir os fins sociais, sua compreensão encontrar-se-á nesses objetivos.

O fim social é o objeto mais nobre visado pelo direito. O fenômeno social que só alcança sua finalidade por meio da realização do fim social.

BEM COMUM

A noção de bem comum é complexa, abstrata e de difícil apreensão. O bem comum identifica-se com a realização da justiça social permanecendo como busca constante na efetivação do direito.

Inegavelmente, o bem comum é tecido pela conjugação de valores: igualdade, liberdade, paz, justiça social, função social do direito, garantia da efetivação dos direitos sociais e concretização das mudanças sociais.

Segundo John Rawls:

28 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 1988.

(...) reunir em um único sistema todas as perspectivas individuais e atingir juntas princípios reguladores que podem ser afirmados por todos, na medida em que vivem de acordo com eles, cada um de seu próprio ponto de vista. A pureza de coração, se pudéssemos atingí-la, consistiria em ver isso claramente e agir com graça e autocontrole em virtude desse entendimento.²⁹

O bem comum conjuga o plexo principiológico do direito, orientando a própria finalidade e, portanto, a funcionalização de todos os ramos do direito pretérito, presente e futuro. Os anseios sociais permanecem dirigidos à realização deste ideal maior como forma de assegurar a convivência social equilibrada e despossuída de conflitos ou quando em conflito indicando a possibilidade de composição. A busca pela efetivação dos direitos sociais recebe dimensão ampliada exatamente por significar a possibilidade de atingir a realização do bem comum.

Em Dworkin:

a atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o

29 RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 655.

direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter.³⁰

Considerando que o princípio deve estar acima da prática, significa dizer que o bem comum está acima de tudo, orientando a prática do direito, resumido em uma atitude fraterna. A atenção e o desafio dirigem-se para a comunidade que se pretende ter. Na expressiva e histórica lição de Ihering:

O direito existe para se realizar. A realização do direito é a vida e a verdade do direito; ela é o próprio direito. O que não passa à realidade, o que não existe se não nas leis e sobre o papel, não é mais do que um fantasma de direito, não são senão palavras. Ao contrário, o que se realiza como direito é o direito (...).³¹

Por fim, o bem comum pode ser apreendido como o resultado sistêmico da realização do direito para o bem de todos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A finalidade criadora do direito remonta a indagações históricas.

A busca do equilíbrio entre os interesses individuais e interesses social representa, de há muito, busca permanente do Direito.

Com a crise do individualismo sobreleva a discussão dos fins sociais do Direito.

30 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 492.

31 IHERING *apud* CASTANHEIRA NEVES, A. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 25.

A função social é princípio descritivo da funcionalização inerente ao direito.

O Estado Democrático de Direito limita os direitos individuais sem, contudo dar conta de implementar a funcionalização dos direitos, em especial os sociais.

A função social do contrato limita a autonomia privada, dando visibilidade da crise do contrato espelhada na inaceitável igualdade formal das partes.

A função social da empresa contempla vasta gama de direitos sociais, desde os trabalhistas até o próprio direito de propriedade. A carga eficaz da função social da empresa permanece atrelada à função ética da empresa.

Sendo a propriedade o mais absoluto dos direitos reais, mantém certa resistência no que se refere à funcionalização. O equilíbrio dos interesses, nesse particular, ainda representa afazeres para o futuro considerando a baixa efetividade constitucional.

A realização social do direito depende da realização de seus próprios fins sociais.

O bem comum está vinculado à realização do direito para o bem de todos.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

ARAÚJO, Telga Gomes. Função social da propriedade. In: **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977.v. 39.

ARAÚJO SÁ, Adonis Callou de. Função social da propriedade e preservação ambiental. **Boletim dos Procuradores da República**, n. 19, p. 10-18, nov. 1999.

ASQUINI, Alberto. **Perfis da empresa**. Trad. Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 35, n. 104, out./dez. 2000.

BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**. Organizado por Michelangelo Bovero. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 2000.

CASTANHEIRA NEVES, A. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CASTRO Y BRAVO, Federico. **El negocio juridico**. Madrid: Editorial Civitas, 1991.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 1988.

FERREIRA, Jussara S. A. B. N. Função social e função ética da empresa. In: **Argumentum**. Revista de Direito da Universidade de Marília. v. 4. Marília: UNIMAR, 2004.

FERREIRA, Jussara S. A. B. N. e MAZETO, Cristiano de Souza. Constitucionalização do negócio jurídico e ordem econômica. In: **Argumentum**. Revista da Faculdade de Direito da UNIMAR, v. 5. Marília: UNIMAR, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**: interpretação e crítica. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro (coord). **Contrato & Sociedade**: princípios de direito contratual. Vol. II. Curitiba: Juruá, 2006.

PASSOS, J. J. Calmon de. Função social do processo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3198>>. Acesso em: 07 nov. 2006.

POUND, Roscoe. **Justiça conforme a lei**. 2. ed. São Paulo: IBRASA, 1976.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 1997.

O BRASIL NO CONTEXTO DAS RELAÇÕES ECONOMICAS INTERNACIONAIS: REALIDADES E PERSPECTIVAS

Laércio Rodrigues de OLIVEIRA

No início deste novo milênio as relações internacionais têm mudado de forma e conteúdo. Até meados do século passado, os capitais que circulavam no mundo eram em sua maioria compostos de capital produtivo. Com a melhoria nas comunicações, a informatização das transmissões e o armazenamento de dados possibilitaram novos avanços nas relações comerciais em todo o mundo. Uma questão que se apresenta é o alto índice de liquidez disponível em todas as economias, principalmente dos fundos de pensão, que interferem nas bolsas de valores de vários continentes, com conseqüências no sistema produtivo.

Esta pesquisa busca analisar sem, no entanto exaurir o tema, as conseqüências da globalização e da abertura comercial para o Brasil. Num primeiro momento, busca-se analisar o processo de globalização dos capitais produtivos e financeiros da primeira e da segunda revolução industrial. Em seguida busca-se fazer uma análise da evolução do comércio exterior em tempos de globalização e as suas formas de regulação no mundo.

Também serão analisados o novo regionalismo e a formação dos blocos econômicos. Em seguida, verificam-se as influências da abertura econômica na economia brasileira no início dos anos 90, passando pela participação brasileira nos blocos econômicos mundiais, suas dificuldades em relação ao comércio exterior e as perspectivas das relações comerciais em relação ao mercado mundial. E por fim as conclusões finais.

CONCEITOS E TEORIAS SOBRE AS RELAÇÕES INTERNACIONAIS NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO

Com a consolidação das mudanças ocorridas nas formas de relacionamento entre os países a partir dos anos 70, hoje se pode afirmar que as relações internacionais estão inseridas no contexto da globalização. De fato, a globalização tem a característica de um movimento internacional envolvendo os países em todos os campos da ação humana, no campo social, cultural, religioso ou o econômico. Porém a globalização não é um fenômeno recente.

Segundo Ianni (1999, p.14) desde o início do seu desenvolvimento na Europa, o modelo de produção capitalista apresentou sempre conotações nacionais, multinacionais e transnacionais, desenvolvidas dentro acumulação originária no mercantilismo, no colonialismo, no imperialismo, na dependência e na interdependência entre as nações.

O processo foi acelerado ainda mais a partir de meados do Século XX, com o desenvolvimento da informática, o qual possibilitou a melhoria nas comunicações eletrônicas e as novas formas de armazenamento de dados. Com tais facilidades, as relações internacionais tornaram-se ainda mais velozes, intensas e eficientes.

Além disso, a redução dos custos dos transportes, de maneira geral, proporcionou o aumento no número de viagens e dos fluxos do comércio entre os países, dando nova configuração ao mapa econômico do mundo.

Nesse contexto, as relações econômicas se intensificaram, ultrapassando as fronteiras geográficas e ideológicas avançando para o que se denomina de economia-mundo, isto é, um mercado global. A idéia de economia-mundo foi desenvolvida por Braudel (1986, p. 85-87) e, de acordo com ela, parte do planeta se transforma em um todo econômico.

Historicamente, o primeiro grande movimento das relações entre os países ocorreu com as grandes navegações e a internacionalização do capital produtivo com a Primeira Revolução Industrial¹. Naquele período, houve a implantação no exterior das filiais das indústrias inglesas e a primeira divisão internacional do trabalho.

Apesar de a internacionalização do capital como forma comercial e de crédito ter se iniciado com as grandes navegações e a internacionalização do capital produtivo com a Primeira Revolução Industrial, esse movimento chega ao seu auge na *Belle Époque* (1870-1914), com firme crescimento da produção e do comércio mundial.

Por volta de 1913, o comércio internacional representava grandes percentuais do PIB de vários países da Europa, dentre os quais, França com 35,4%, a Alemanha 35,1%, e o Reino Unido com 44,7%.

Nessa fase, que vai até a década de 20, o capital exportado pelas principais potências econômicas européias, tanto em forma de investimentos diretos, quando em forma de ações, atingiu percentuais do PIB que ainda não foram ultrapassados.

Foram esses capitais que ajudaram a construir os “tigres econômicos” da Era Vitoriana: Estados Unidos da América, Argentina, África do Sul e Austrália (1998 p.101-120). No período citado, as relações comerciais eram mais intensas entre as metrópoles e suas colônias, cujas políticas econômicas, muitas vezes eram mantidas pela “diplomacia de canhoneiras”.

Segundo Tavares (1998, p.41), a consolidação do movimento capitalista produtivo aconteceu com o segundo grande movimento internacional capitalista, associado à Segunda Revolução Industrial.

1 Sobre o assunto ver LANDES, David S. **Prometeu desacomodado**: transformações tecnológicas e desenvolvimento industrial na Europa ocidental, desde 1750 até a nossa época. Trad. Vera Ribeiro. São Paulo: Editora Nova Fronteira, 1994.

Esse movimento se caracterizou pela concorrência entre as grandes potências, ocorrida após a II Guerra Mundial sob a liderança das empresas americanas. A expansão comercial ocorreu principalmente entre as matrizes e suas filiais, com predomínio das ações intra-firmas para fugir das barreiras protecionistas nacionais e regionais como ocorreu na América Latina e Europa. Tal modelo de produção com multinacionais verticalizadas perdurou até o início da crise do petróleo imposta pela OPEP, ocorrida em 1973.

Nesse período – início dos anos 50 até meados da década de 1970 –, o comércio mundial cresceu a uma taxa média anual de 9,4%, enquanto a produção mundial cresceu 5,3 %. Percebe-se que o comércio mundial cresceu a uma taxa maior (77,36%) que a produção, a qual, por sua vez também atingia números nunca antes alcançados e, até ao final do Século XX, não superados.

A partir dos anos 80, o crescimento da abertura econômica internacional foi facilitado pelo avanço nas comunicações, possibilitando a consolidação de novos mercados pelos grandes oligopólios na busca de impor novos hábitos de consumo em todo o mundo. Também as ações de vários segmentos políticos, empresariais e de comunicações contribuíram para criar ambiente favorável à queda das barreiras protecionista e à expansão da nova ordem do comércio mundial.

Em razão dessa abertura comercial e da modernização dos sistemas de divulgação, consumidores do mundo inteiro tornaram parte de um grande mercado global.

A forte competição entre as *networks*, empresas líderes que incorporam em diferentes países o mesmo projeto global, utilizando-se do *low-wage* (mão de obra barata), tornou-se o motor seletivo do capitalismo atual. Esse modelo é alimentado inicialmente pela dinâmica da

concentração do capital, pela fragmentação da produção mundial e pela necessidade crescente de novos investimentos.

Tais investimentos objetivam manter ou adquirir lideranças tecnológicas e reduzir as quantidades de agentes envolvidos nos processos decisórios da produção mundial.

De acordo com Dupas (1999, p.6), como evidência da concentração produtiva deve-se ressaltar que as maiores corporações mundiais detêm juntas a maiorias dos estoques de investimentos globais diretos e dos fluxos de pagamentos internacionais de *royalties* e *fees*.

Atualmente o processo de produção mundial é composto de corporações oligopolizadas, destacando-se as montadoras de automóveis, das quais 10 empresas detêm cerca de 82% da produção mundial. Além disso, a extração, refino e distribuição de petróleo, bem como, as empresas de comunicação estão extremamente concentrados².

Um outro exemplo que ilustra esses dados: as cinco maiores empresas americanas (balanços de 1999) dentre as quais GM, Wal-Mart, Exxon Mobil, Ford e General Electric faturaram, juntas, US\$ 795 bilhões, isto é superior ao PIB do Brasil do mesmo ano.

Já as dez maiores corporações globais, acrescidas das anteriores incluindo-se Mitsui, Mitsubishi, Toyota, Itochu e DaimlerChrysler venderam juntas US\$ 1,4 trilhão de dólares, o equivalente ao 80 % do PIB do Brasil, Argentina, México, Chile, Colômbia, Peru, Uruguai e Venezuela. Cabe lembrar que 50% do ativo dessas empresas estão no exterior e 60% das vendas ocorrem no mercado internacional.

Em tal contexto, a produção das empresas oligopolistas multinacionais passou, com a formação de uma demanda homogênea a ofertar produtos globais destinados a um mercado cada vez mais amplo,

2 Sobre o assunto ver Márcio Pochmann. **O emprego na globalização**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2001.

dificultando as ações das pequenas e médias empresas nacionais, que doravante terão que se subordinarem as grandes empresas.

Assim, um fornecedor da rede McDonald's pode ser um pequeno produtor do Estado de São Paulo ou um da Califórnia nos Estados Unidos, visto que o produto pode chegar a qualquer parte do mundo em poucas horas.

A velocidade da criação e distribuição desses novos produtos nos mercados mundiais se intensificou e acelerou no sistema produtivo, o processo de “destruição criadora”³, Schumpeter (1979, p.50) que passou a impulsionar um espaço de tempo cada vez mais curto a substituição dos bens existentes no mercado por novos bens. Torna-se, portanto, estratégico produzi-lo em qualquer parte do mundo. Dessa forma, os espaços produtivos constantemente estão sendo alterados geograficamente pelo processo de mundialização da economia.

Um outro aspecto a considerar, sobre a mundialização da economia se relaciona com o processo de regulação, pois, a partir de meados dos anos 70, o modelo econômico keynesiano, com forte participação do Estado e baseado na demanda efetiva, passou ser abandonado gradativamente pelos países ricos, especialmente a Inglaterra e Estados Unidos da América, dando lugar ao novo modelo econômico neoliberal.

Esse novo modelo econômico se caracteriza pela redução da participação do Estado na economia e pela adoção do livre mercado. O princípio desse modelo é uma economia menos regulada, com a redução das barreiras protecionistas, tanto tarifárias como as não tarifárias⁴,

3 A destruição criadora é o processo de substituição dos bens já existentes no mercado por um novo bem mais moderno.

4 Barreiras tarifárias e não tarifárias são impostos, taxas, cotas e outros entraves que envolvem o comércio exterior entre os países.

proporcionando, assim, maior liberdade de ação às empresas, na produção e distribuição de bens de consumo.

Um outro fato ocorrido na década de 70 contribuiu para a mudança do rumo na economia mundial: o desmoronamento do Sistema Financeiro Internacional fundado no acordo de Bretton Woods, logo após a II Guerra Mundial. Houve o rompimento das condições que forçavam a maior valorização do capital produtivo e compromisso do pleno emprego, características do modelo keynesiano.

A partir do Consenso de Washington, com o fim da paridade ouro-dólar e liberação dos mercados, a globalização financeira, combinada com a informatização, passou a dar prioridade aos investimentos de curto prazo, pressionando as taxas de juros e a desregulamentação bancária.

Para alguns pensadores, dentre os quais Wallerstein, citado por Ianni (1999, p.39), a economia globalizada, seja no âmbito regional, ou seja no global, continua a depender do Estado-nação. Mesmo reconhecendo a importância das corporações transnacionais, reafirma o autor a importância do Estado-nação, apesar de eles estarem com a soberania limitada pela interdependência dos Estados Nacionais em relação a um Estado mais forte.

Percebe-se, no entanto que o avanço da globalização vem aprofundando as divergências entre os interesses públicos e os corporativos privados. As ações empresariais se desvinculam cada vez mais de suas bases nacionais e os governantes, em muitos casos, são obrigados a reconhecer que a competitividade de seus países depende de sua capacidade de negociação na atração de investimentos internos e externos.

O COMÉRCIO EXTERIOR E SUAS REGULAÇÕES

Após a 2ª Guerra Mundial, seguiram-se as reuniões de Bretton Wood. Na ocasião foram criadas entidades supranacionais dentre elas o Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial, a ONU e houve a tentativa de se criar a OMC (Organização Mundial do Comércio), mas, em razão do veto dos Estados Unidos, sua criação não foi aprovada. Todavia, nas reuniões que se sucederam foi aprovado o Acordo Geral de Tarifas e Comércio – GATT, dispendo sobre normas reguladoras do comércio mundial (Barral, 2000, p.23).

Um dos principais objetivos do GATT é a redução das barreiras tarifárias e não tarifárias entre os países membros fundamentados no princípio de que a concessão feita a um dos integrantes se estende automaticamente aos demais signatários do acordo.

Durante algum tempo, o mundo econômico ficou dividido em dois grupos. De um lado ficavam os países que integravam o acordo do GATT e de outro, os países socialistas que adotavam políticas protecionistas de substituição de importações e não se interessavam em participar do acordo. Na verdade, o GATT era visto com desconfiança até, por muitos países não alinhados.

Após alguns anos, na reunião ocorrida no Uruguai em 1975 denominada de Rodada do Uruguai, o GATT passou à denominação de Organização Mundial do Comércio (OMC), e vem se percebendo gradativamente sua importância com o crescimento do número de países participantes e ou interessados em fazer parte dela.

A partir do início dos anos 90, o processo de globalização passou predominar nas economias do mundo todo, com a adoção do modelo “quanto mais livre o mercado, mais dinâmica a economia” e a proposta universal da globalização influenciou as decisões dos governantes.

Todavia um novo movimento aparece após o fim da “guerra fria”⁵ no final dos anos 80. Trata-se de um novo regionalismo. Esse movimento gera o agrupamento de países em rede de cooperação e interdependência e se espalhou pelo mundo.

Nem sempre estes agrupamentos criados são frutos de acordos formais entre os Estados. Em muitos casos ocorre o aumento no fluxo de investimentos e intensificam-se os intercâmbios comerciais e a crescente circulação de pessoas transforma a região em uma nova área de integração que ultrapassa as fronteiras geográficas nacionais. O que ocorre neste caso é o regionalismo natural provocado pelos atores privados.

Segundo Amaral Junior (2003, p.18), o regionalismo surgido ao final do Século XX foi produzido por dois fatores conjugados: a descentralização causada pela ruptura do equilíbrio bipolar ocorrida com o fim da guerra fria e o avanço generalizado da globalização, principalmente do capital produtivo e financeiro.

A busca dessa integração entre os vários países visava a amenizar os efeitos negativos da instabilidade política e econômica em razão da globalização acelerada. Além disso, a integração regional poderia ser vantajosa como moeda de troca nas negociações internacionais.

Uma das características do regionalismo é a diversidade interna, mas, apesar dessas dificuldades, a organização dos países em “blocos econômicos” tem sido vantajosa para seus membros, uma vez que organizações supranacionais favorecem a colaboração interestatal em diversas áreas.

Dessa forma, o regionalismo leva a outra ação de fundamental importância ligada à área do Direito: a regulação dessas ações. Razões políticas e econômicas conduzem com frequência à necessidade de negociações

⁵ Denominava-se guerra fria atuação bipolar entre Estados Unidos e a antiga URSS que perdurou até aos finais dos anos 80.

e à aproximação de governantes com o objetivo de estabelecer as condições mínimas de funcionamento e a solução de possíveis conflitos.

O NOVO REGIONALISMO E A FORMAÇÃO DOS BLOCOS ECONÔMICOS

O novo regionalismo econômico tem algumas características que merecem destaque, dentre as quais, a reunião de países desenvolvidos e em desenvolvimento, a enorme discrepância no nível de institucionalização, a multidimensionalidade com a união entre o regionalismo político juntamente com o econômico e o fortalecimento da identidade regional, de acordo com a qual o indivíduo pertence uma comunidade mais ampla.

A evolução dessa forma de regionalismo originou aos blocos econômicos: U E, NAFTA, ALADI, MERCOSUL, PACTO ANDINO e APEC. Tais blocos buscam facilitar as relações comerciais entre os países membros com a redução ou isenção de impostos, tarifas alfandegárias e outras barreiras que envolvem o comércio exterior.

A criação desses blocos pode melhorar as relações entre os países membros, uma vez que, são compostos de países vizinhos ou que possuem afinidades culturais e comerciais e isso possibilitou o aumento nas transações econômicas.

A União Européia (UE) foi criada em 1992, com o Tratado de Maastricht e é formada por 15 países da Europa: Alemanha, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Finlândia, França, Grécia, Holanda (Países Baixos), Irlanda, Itália, Luxemburgo, Portugal, Reino Unido e Suécia. Outros países estão pleiteando seu ingresso na organização.

Além das reduções nas barreiras tarifárias e não tarifárias, a União Européia adotou também a moeda única, o Euro, bem como um siste-

ma financeiro e bancário comum. Há livre trânsito entre as pessoas, dos países, as quais podem circular e estabelecer residência livremente em qualquer país membro. Há também, no bloco, políticas trabalhistas comuns, políticas de defesa, de combate ao crime e de imigração comum.

Outro bloco econômico o NAFTA – Acordo de Livre Comércio do Norte, formado pelos Estados Unidos da América, Canadá e México em 1994. O acordo oferece aos países membros o fim das barreiras alfandegárias, regras comerciais comuns, proteção comercial e leis financeiras padronizadas. Não é uma zona de livre comércio, mas reduziu tarifas de aproximadamente 20 mil produtos.

Na América do Sul, tanto pela dimensão do mercado quanto pelo volume negociado, um dos blocos mais importante é o Mercosul – Mercado Comum do Sul. Oficializado em 1991 e formado inicialmente pelos países do cone sul do continente: Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai objetivam eliminar as barreiras comerciais entre os países envolvidos. Além da eliminação das barreiras tarifárias e não tarifárias entre os países membros, estuda-se a adoção de uma moeda única, como ocorreu na União Européia.

Outro bloco da América do Sul é o PACTO ANDINO, criado em 1969. Trata-se de um bloco econômico composto pela Bolívia, Colômbia, Equador, Peru e Venezuela, com o objetivo de integrar os países membros. Embora os Estados Unidos sejam o parceiro principal destes países, as relações comerciais entre os países têm sido muito importantes.

Em 1993 em Seattle, EUA, foi criada a APEC – Cooperação Econômica da Ásia e Pacífico englobando vários países dentre os quais os Estados Unidos, Japão, China, Formosa, Coreia do Sul, Cingapura, Malásia, Tailândia, Indonésia, Brunei, Filipinas, Austrália, Nova Zelândia, Nova Guiné, Canadá, México e Chile. Esse bloco depois de

consolidado deverá ser o maior bloco do mundo, uma vez que, abriga a maior produção industrial mundial.

Em andamento está a discussão para criação da ALCA – Área de Livre Comércio das Américas, com a criação de um mercado desde o Alasca até a Patagônia. As bases foram lançadas nas reuniões de Denver (EUA) em junho de 1995 e continuadas em Cartagena (Colômbia) em março de 2006. Nas reuniões foram criados grupos de trabalho visando a discutir os seguintes temas: a) acesso a mercados; b) procedimentos alfandegários e regras de origem; c) padrões e barreiras técnicas ao comércio; d) medidas sanitárias e fitossanitárias; e) subsídios; f) *dumping* e direitos compensatórios; g) compras governamentais e h) direito de propriedade intelectual.

Todavia, apesar das várias tentativas, a formação do bloco comercial ainda não saiu do papel. Segundo Seitenfus (2003, p.33-34), as condições para implantação da ALCA estão na resolução de entraves, dentre os quais a grande disparidade econômica, militar, política, cultural e religiosa entre os Estados da região. Há também um grande espaço territorial dificultando a integração.

A ABERTURA COMERCIAL DOS ANOS 90 E SUAS INFLUÊNCIAS NA ECONOMIA BRASILEIRA

No começo dos anos 90, o Brasil deu início à abertura de sua economia com a redução de barreiras tarifárias e não tarifárias visando a melhorar sua inclusão no mercado mundial.

O modelo de substituição das importações, adotado após a 2ª Guerra Mundial, na qual mantinha sua economia protegida, seria abandonado dando origem a um regime mais aberto do ponto de vista financeiro-comercial. O mercado financeiro foi desregulamentado, fo-

ram reduzidas às barreiras à entrada de capital financeiro internacional e aos produtos para o consumo final.

A economia brasileira, do período entre meados dos anos 1970 e o final da década de 1980 foi extremamente fechada em razão do aumento das barreiras às importações. Isso deixou o país com uma economia isolada do resto do mundo. Segundo Silber (2003, p.68), nas décadas de 70 e 80 as empresas brasileiras optaram pela verticalização e pelo uso de mão de obra desqualificada objetivando atender o mercado interno, protegido da concorrência internacional.

A estratégia da política industrial brasileira baseou-se na substituição das importações dos bens de capitais e de insumos básicos para indústria nacional. Os principais instrumentos utilizados foram créditos de IPI sobre a compra de equipamentos, a isenção de impostos para importação de bens de produção, o crédito subsidiado e a depreciação acelerada para os equipamentos nacionais.

As conseqüências das medidas se refletiram na oferta interna de bens de consumo com reflexos positivos no mercado interno nos anos seguintes. Houve também melhora na participação das exportações em relação ao PIB que passou de 7,5 % em 1974 para 8,4% em 1980.

A partir do início dos anos 80, o Brasil passaria por uma profunda recessão com a retração de 26,3 % da produção de bens de consumo e de 19,2% dos bens de capital com reflexos na participação externa brasileira.

Nos anos seguintes, o Brasil, em razão dos ajustes promovidos pelo acordo com FMI, reduziria, com taxas de juros elevadas e desvalorização cambial, a demanda interna. Essas medidas, adotadas no período entre 1980 e 1990 reduziram em 32% a participação brasileira no comércio exterior, que era de 10% para 6,8% do PIB e permaneceu

em torno de 1 % em relação ao total do comércio mundial (Carneiro; Modiano, 1990 p.323-344).

No início dos anos 90, novos ajustes foram efetuados com a entrada em vigor do cronograma de redução de alíquotas de importação visando à liberação do comércio exterior. As principais mudanças consistiram na eliminação dos regimes especiais de importação (à exceção do *drawback* e os acordos da Zona Franca de Manaus) e as restrições não-tarifárias. Também foi alterado o regime cambial e extinguiu-se o financiamento compulsório das importações a fim de eliminar os critérios discricionários, subjetivos e instáveis da política brasileira em relação ao comércio exterior.

Buscou-se, com a nova estrutura tarifária brasileira, estimular a competição internacional do país na busca da maior eficiência alocativa e a reestruturação das empresas nacionais. As tarifas de importação em 1988 que eram em média de 45% passaram já em 1990 para 35% e chegaram em 2001, a 13,8%.

As mudanças efetuadas tiveram impactos positivos sobre a economia brasileira em relação à sua inserção no mercado mundial. Fazendo-se a comparação entre os anos 80 e 90 e o início do novo milênio, verifica-se que o grau de abertura que havia reduzido de 10% em 1980 para 6,8% em 90 aumentou para 11,1% em 2000 (Silber, 2002, p.72). Porém, apesar dos ganhos de produtividade e das medidas facilitadoras para o comércio exterior a participação brasileira no comércio mundial ainda é muito tímida.

Desde 1980 a participação brasileira tem sido em torno de 1% de tudo que se comercializa no mundo e as perspectivas para os próximos anos não são animadoras, visto que a competição mundial torna-se cada vez mais acirrada com o ingresso de novos competidores como a China e a Índia⁶ com suas participações crescentes no comércio mundial.

⁶ Dados da OMC publicados na **Revista Exame**, Edição 867, p. 42, maio 2006.

Um outro aspecto a considerar é que a abertura comercial possibilitou a desverticalização do processo produtivo nacional e o surgimento das relações intrafirmas e as *networks*, integrando o Brasil no processo produtivo mundial.

Também com a reestruturação da empresas houve melhoria na produtividade da mão de obra a qual passou do coeficiente de 1,5 relação produto/trabalhador para 11,7 em 1998. Nesse novo ambiente, os ganhos de produtividades foram maiores, provocados principalmente pelo ingresso de novas tecnologias e formas de gestão.

Todavia mesmo com os ganhos de produtividade na década de 90, o desempenho das exportações brasileiras tem sido modesto e não conseguiu recuperar as perdas ocorridas na década de 70. As causas principais apontadas pela maioria dos empresários são a valorização cambial e o excesso de tributos.

Comparando as taxas de crescimento das exportações de países, considerados emergentes, o Brasil teve avanço pouco significativo no período 1990-2001: China 15,7%, Malásia 11,7% México 19,4%, Índia 10%, Argentina 8,6%, Chile 8,1% e Brasil 6,6%.

Segundo Ricardo W. Caldas e Christoph Ernest (2003, p.32) um dos aspectos negativos que contribui para modesta participação brasileira no comércio mundial está ligado ao comportamento que o governo brasileiro adota em relação a ALCA.

A tática de não avançar nas discussões passa a idéia para os empresários brasileiros de que o acordo não sairá muito breve. O efeito é duplamente negativo, visto que cria uma falsa sensação de segurança entre os agentes econômicos, como se o processo de integração dependesse apenas do governo brasileiro e adia as decisões empresariais de preparo para a concorrência externa.

A atitude do governo brasileiro pode trazer graves conseqüências, pois, além de não preparar os empresários brasileiros para competição externa, deixa de considerar o potencial do mercado que os Estados Unidos da América estão oferecendo.

Dados da Confederação Nacional da Indústria (CNI) publicados⁷ em abril de 2006 apontam que o Brasil perde espaço na produtividade do trabalho industrial⁸, caindo do 4º lugar na segunda metade da década de 90 para 22º lugar na escala da produtividade do trabalho industrial mundial. Além disso, houve apenas 1,3% de crescimento anual no período 2001-2005.

Nesta escala divulgada pela CNI, o Brasil perde para países emergentes e com abertura comercial recente como é caso da Índia que teve um crescimento de 10,1% no mesmo período. Os países asiáticos como Cingapura, Malásia e Tailândia tiveram desempenho de 8,2%, 6,9% e 6,2% respectivamente.

Os países desenvolvidos também tiveram desempenhos superiores. Os EUA com 6,1%, Coréia do Sul 6,0%, Japão 5,3% e Reino Unido com 3,9%. Mesmo a Argentina, que passou recentemente por uma grave crise interna, teve desempenho de 2,2%, índice melhor que o do Brasil.

No período entre 1996 e 2000, segundo dados da mesma pesquisa, o crescimento da produtividade foi de 5,9%, enquanto no ano de 2005, a produtividade foi de apenas 1,4%, uma das piores dos últimos 35 anos.

Em uma economia aberta, a produtividade industrial reflete diretamente sobre os preços relativos dos produtos finais colocados no mercado, tanto interno quanto externo, com reflexos diretos na saúde

7 Disponível em: www.cni.org.br. Acesso em: abr. 2006.

8 A produtividade do trabalho industrial é medido pela produção dividida pelo número de trabalhadores empregados no setor.

financeira das empresas, porque seus produtos estão em competição direta com os produtos de outras empresas do mundo todo.

Entretanto, o aspecto positivo da integração regional é o seu efeito modernizador sobre os países membros principalmente pela necessidade de melhoria na competitividade do setor produtivo. Para que o Brasil recupere a produtividade, há necessidade de investimentos na modernização de seu parque produtivo, na qualificação de mão de obra e no incentivo à pesquisa aplicada. A participação nos blocos de integração comercial, todavia, expõe as empresas nacionais ao risco de competidores dos demais países membros e, por isso, o governo brasileiro tem de deixar claro o interesse em participar desses acordos.

A PARTICIPAÇÃO BRASILEIRA NOS BLOCOS ECONÔMICOS

A criação do Mercosul – Mercado Comum do Cone Sul em 1991 exigiu dos países membros novos arranjos produtivos para enfrentar os desafios da globalização e encontrar o seu lugar no mercado mundial.

A integração econômica passa ter lugar central dentro da estrutura desta nova estratégia. O Brasil e Argentina, *global traders*, procuraram avançar suas relações com outros países como os EUA e com a Europa e países asiáticos, não limitando suas ações aos limites do bloco.

A União Européia vem aumentando suas relações com o Mercosul. O acordo de Madri em 1995 abre a perspectiva de aumento na cooperação econômica entre os dois blocos com a possível criação de uma área de livre comércio entre ambos.

As negociações já foram iniciadas com três pontos originais em relação a outros acordos: a) Criação de uma ALC – Área de Livre Comércio entre os dois blocos, b) criação da união aduaneira entre o gru-

po de países; c) novas formas de arranjos comerciais que ultrapassam o contexto puramente comercial com a adoção de novos paradigmas industriais e tecnológicos.

Os ganhos dos países do Cone Sul, nos avanços tecnológicos, serão ampliados à medida que novos produtos forem incorporados nesse intercâmbio com a União Européia.

Pode-se notar pelos dados estatísticos referentes a 2003 sobre o tamanho de cada bloco que o Mercosul tende a ganhar com o intercâmbio. O mercado do Mercosul possui 223,4 milhões de habitantes, um PIB de U\$ 607,2 bilhões, exportações de U\$ 119,4 bilhões e importações de U\$ 82,4 bilhões. Já a União Européia tem números bem mais expressivos, ou seja, população 453,6 milhões de habitantes, com o PIB de U\$ 10,9 trilhões, exportações U\$ 3,7 trilhões e importações de U\$ 3,6 trilhões⁹.

Por estes números pode-se perceber que a União Européia tem potencial de mercado muitas vezes superior ao Mercosul e as possibilidades de encontrar saída para os produtos industrializados em um mercado com maior elasticidade de renda permitem ultrapassar os limites de integração restrita ao Mercosul, que possui baixo nível de troca intra-regional, intra-industrial e poucas possibilidades de trocas tecnológicas.

Ao mesmo tempo, os países em desenvolvimento ganham com ingresso em um vasto mercado mais previsível que possibilite atenuar no longo prazo as conseqüências das quedas nas barreiras tarifárias e não tarifárias no interior dos grandes mercados.

No entanto, os países ricos não aproveitam da mesma forma a liberação comercial, visto que, os países em desenvolvimento pouco

⁹ Fonte: Banco Central dados de 2003. Disponível em: www.oglobo.com, Acesso em: 08 nov. 2004.

têm a oferecer em troca. A maioria deles tem papel secundário como parceiro econômico oferecendo apenas matéria prima e *commodities*.

Dessa forma, os países desenvolvidos têm posição mais confortável nas negociações, levando vantagens nos acordos bilaterais, embora uma integração econômica sempre venha acompanhada de escolhas de instrumentos de regulação dos mercados financeiros, aduaneiros e fiscais na busca de redução de custos nas transações entre os membros.

Apesar dos esforços e os progressos realizados na cooperação entre os dois blocos, poucos avanços ocorreram na área comercial. No âmbito da União Européia, os setores agrícolas e siderúrgicos encontram dificuldades e barreiras tanto tarifárias como não tarifárias, além das exigências nos aspectos qualitativos.

No caso brasileiro, segundo dados do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior¹⁰ (2006), apesar de as exportações para União Européia, terem aumentado em valores absolutos em 160% no período entre 1986 a 2005, em termos relativos houve redução na participação caindo de 29,45% para 22,39%.

O mesmo fenômeno ocorreu também com as importações nas quais a participação brasileira, em termos absolutos passou de U\$ 3,7 bilhões para U\$ 18,2 bilhões de dólares, mas, em termos relativos, a participação se reduziu de 25,10% para 24,67 %.

Em relação ao NAFTA – Acordo de Livre Comércio da América do Norte, o intercambio comercial brasileiro teve avanço significativo com as exportações, passando de U\$ 6,8 bilhões em 1986 para U\$ 28,5 bilhões em 2005. Com os EUA, o intercâmbio de exportações atingiu U\$ 22,4 bilhões, representando 78,5% das relações comerciais do Brasil com o bloco. Todavia esse crescimento ocorreu em todo comércio exterior mundial e a participação brasileira, que em 1986

10 Dados disponíveis em www.mdic.gov.br. Acesso em: 15 abr.2006.

era de 27,63 % das relações comerciais com EUA, caiu para 18,98 % em 2005.

A participação das exportações brasileira no Mercosul – teve um avanço de 5,4% em 1986 para 9,91% em 2005, mostrando que nesse bloco, embora em valores absolutos seja pouco representativo o Brasil teve crescimento relativo significativo.

AS CAUSAS DAS DIFICULDADES BRASILEIRAS EM RELAÇÃO AO COMÉRCIO EXTERIOR

Uma das causas que dificulta a participação do Brasil na relação dos maiores países exportadores está na burocracia do Estado. Um estudo recente realizado pelo Banco Mundial mostrou que um produto brasileiro leva em média 39 dias para sair da fábrica e chegar ao porto, o que coloca o Brasil no 108º lugar no ranking de 146 países exportadores. A Dinamarca leva apenas 5 dias. Entre os países mais eficientes estão Alemanha, Suécia e Cingapura que levam apenas 6 dias para despachar seus produtos. Os EUA e Espanha levam em média 9 dias e a Austrália, Canadá e Coréia do Sul 12 dias para colocar seus produtos nos navios¹¹.

No sistema exportador brasileiro, além das estradas ruins e portos ineficientes, o estudo mostrou que um dos maiores problemas é a burocracia envolvendo a exportação. Vários são os órgãos que interferem no sistema exportador dentre os quais a Receita Federal, Agência Nacional de Vigilância Sanitária, órgãos de arrecadação dos Estados, Ministério da Agricultura e, dependendo do tipo de produto, até a Polícia Federal e Ministério da Defesa. Segundo Abracex – Associação Brasileira de

11 Dados do Banco Mundial publicado na **Revista Exame**. Ed.863 p. 41, mar. 2006.

Comércio Exterior¹², nos países desenvolvidos um único órgão público centraliza todas as operações relativas as atividades de exportação.

A ACEB – Associação de Comércio Exterior do Brasil afirma que por estar longe dos maiores centros consumidores, cada dia de atraso representa perda de 1% sobre as exportações e que, caso o país conseguisse reduzir para 27 dias o prazo de embarque, o Brasil exportaria 12 % a mais, ou seja, cerca de 14 bilhões de dólares.

De acordo com pesquisa feita pela FGV – Fundação Getúlio Vargas, os custos operacionais teriam uma redução de cerca de 30%, se o tempo de exportação caísse pela metade. Já existe alguma iniciativa por parte do governo para resolver o problema dentre as quais a chamada “linha azul” criada em 1999, na qual praticamente elimina o controle de alfândega e acelera as exportações. Todavia, dadas as dificuldades de implementação, até ao final de 2005 apenas 14 empresas exportadora foram beneficiadas.

PERSPECTIVAS DAS RELAÇÕES COMERCIAIS BRASILEIRAS NO MERCADO MUNDIAL

O Brasil tem potencial para ser um grande participante do comércio mundial, tanto como exportador quanto como importador. Todavia, para que o fato se torne realidade, há necessidade que sejam tomadas algumas providências para melhorar a competitividade das empresas nacionais.

Segundo trabalhos dos Professores Luciano Coutinho e Rodrigo Sabbatini da UNICAMP, publicados em 2003¹³, a partir de 1990 uma

12 Confira reportagem na **Revista Exame** edição n. 863, p. 40 publicada em 15/03/2006.

13 COUTINHO, Luciano G.; SABBATINI, Rodrigo. Impactos Potenciais da ALCA sobre a Indústria Brasileira: Sínteses de estudos setoriais de competitividade. In: **O**

significativa pressão competitiva no contexto do crescimento econômico mundial é imposta à indústria brasileira.

Um aspecto a considerar é que essa pressão teve início, e, ocorre em um ambiente de fragilidade financeira e baixo desenvolvimento da capacidade tecnológica nacional.

Para superar essas dificuldades, as empresas brasileiras promoveram, nos meados da década de 90, intensa modernização, com importação de bens de capital e de processos produtivos, visando à superação do atraso do período anterior à abertura comercial.

A desverticalização das empresas e a inclusão do processo produtivo nas *networks* levaram o sistema produtivo brasileiro a uma nova conduta empresarial. Como consequência, houve o fechamento e fusões de inúmeras empresas e o aumento do desemprego, principalmente nas atividades nas quais o processo de inovação tecnológica foi mais acentuado. Segundo dados do Ministério do Trabalho e Emprego¹⁴ nos primeiros anos da abertura econômica brasileira houve a redução de mais de três milhões de empregos formais, dos quais 23,36% no setor da indústria de transformação.

Em muitos casos houve também o rompimento do elo entre as indústrias de transformação e os fornecedores de insumos nacionais, por causa da importação.

Há de se considerar, ainda, que muitas inovações aconteceram sem a participação da capacidade inovadora nacional e isso torna o processo vulnerável no longo prazo. Nota-se, também, que houve

Brasil e a ALCA. Os desafios da integração. São Paulo: Ed. Aduaneiras, 2003, p.107-134.

¹⁴ OLIVEIRA, Laércio Rodrigues de. **Os impactos da internacionalização do capital na evolução do mercado de trabalho formal do Estado do Paraná:** análise do período 1990-1999. São Paulo 2001 (Dissertação de Mestrado em Economia) Pontifícia Universidade Católica.

grande concentração de capital com o crescimento da participação de capital estrangeiro no sistema produtivo brasileiro.

Dados da PIA – IBGE, em pesquisa realizada em 30 mil empresas, indicam que a participação das empresas estrangeiras no faturamento líquido nacional cresceu de 26,4 % no ano de 1996 para 41,8 % em 2000. Segundo a mesma pesquisa, em 1996, essas empresas detinham 15,9% dos empregos e passaram para 23,4% em 2000.

Analisando as 18 cadeias produtivas brasileiras, pode-se notar que houve grande desnacionalização industrial com crescimento das transnacionais no faturamento brasileiro, passando de 36 % para 52 % no período. Dessa forma, pode-se perceber que a inserção do Brasil no comércio mundial não depende de decisões somente dos empresários nacionais, mas sim das atitudes das transnacionais que cada vez mais avançam no sistema produtivo brasileiro.

Ainda segundo os Professores Luciano Coutinho e Rodrigo Sabbatini (2003, p.125), as cadeias produtivas superavitárias nas exportações brasileiras no período 1996-2001 foram as de siderurgia, café, couro, calçados, cítricos, madeiras, móveis, celulose, papel e cerâmicas.

Como se pode notar, a maioria dessas cadeias exporta *commodities*, isto é, produtos com baixo valor agregado e preços sensíveis. Em tais cadeias, nem sempre as barreiras encontradas pelos produtores brasileiros são de natureza tributária, isto implica em negociações mais amplas.

Nos mercados dos países desenvolvidos em geral, o ingresso de produtos brasileiros depende da remoção de restrições não tarifárias tais como direitos compensatórios por ações *antidumping*, quotas, uso de salvaguardas e barreiras técnicas.

Outras cadeias produtivas a merecer destaque pela sua intensa participação no comércio mundial são as compostas pelo setor automobilístico, eletrônico, da informática, de telecomunicações e farma-

cêutico. Essas cadeias se caracterizam pelo comércio intrafirmas e no caso brasileiro é deficitária.

Nesse caso, os fluxos comerciais dependem em grande parte das decisões estratégicas da empresas estrangeiras controladoras do setor.

Há outras cadeias produtivas com sérias deficiências competitivas, cronicamente deficitárias. São elas as produtoras de bens de capital, construção naval, petroquímica, plástica, têxtil e de confecções. Essas cadeias têm carência de investimentos em tecnologia para atualizar o parque fabril e melhorar a competitividade em relação ao comércio mundial. Nelas deveriam ser empreendidas sólidas políticas de competitividade para reduzir deficiências durante um prazo maior de proteção.

O estudo apresenta ainda outras cadeias produtivas que, em razão das características de seus produtos, não recebem grandes ameaças no processo de negociação em relação ao resto do mundo. Esses produtos também têm pouco peso nas exportações nacionais. É o caso do setor de cerâmica, de móveis, de madeira e de cosméticos.

Finalmente há também um conjunto de ameaças relacionadas ao desvio de investimentos estrangeiros que dependem de ações ligadas à integração comercial que pode promover uma alteração nas estratégias das empresas multinacionais com filiais no Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisando-se os cenários existentes atualmente no mundo econômico pode-se afirmar que o Brasil encontrará dificuldades para aumentar sua participação nas exportações no comércio mundial.

As razões dessa afirmação estão baseadas nos pressupostos de que a globalização, em tempos atuais, exige participação em acordos em muitos casos bilaterais ou multilaterais, envolvendo um número cada vez maior de países.

Os países emergentes, como México, Índia e China estão ampliando sua participação por meio desses acordos, mas o Brasil não utiliza o mecanismo.

Há também necessidade de o Brasil desenvolver programas de investimentos contínuos em tecnologia de produtos e de gestão para melhoria da produtividade industrial visando a melhorar a competição dos produtos brasileiros internacionalmente. O Brasil é um grande exportador de *commodities* e na área industrial existem cadeias produtivas que estão em desvantagens em relação às suas similares no resto do mundo. O país precisa também desenvolver, com os empresários e em seu corpo diplomático, um programa contínuo de capacitação em negócios, a fim de melhorar a participação brasileira no cenário mundial.

A participação brasileira tem sido muito tímida, tanto por parte dos agentes públicos quanto os de natureza privada. Há ainda a necessidade de o Governo Federal deixar claro para os empresários o rumo da política externa brasileira em relação aos blocos econômicos existentes e aos que estão em estudos.

No cenário atual, dada a volatilidade das informações e a grande liquidez financeira internacional, as incertezas de retorno de capital provocam fuga de investimentos para outras economias nas quais as possibilidades de ganhos são mais claras.

Se estas condições forem implementadas, pode-se afirmar que em período breve o Brasil terá melhorada, em muito, sua participação nas exportações mundiais.

REFERÊNCIAS

AMARAL JUNIOR, Alberto. A ALCA: globalização e regionalismo na formação da política externa brasileira. In: **O Brasil e a ALCA: os desafios da integração**. São Paulo: Ed. Aduaneiras, 2003.

BARRAL, Welber. **O Brasil e a OMC**: Os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais. Florianópolis: Ed. Diploma Legal. 2000.

BRAUDEL, Fernand. **A dinâmica do capitalismo**. Trad. Carlos Veiga Ferreira. 2. ed. Lisboa: Editorial Teorema, 1986.

CALDAS, Ricardo; ERNST, Christoph. **ALCA, APEC, NAFTA e União Européia cenários para o Mercosul no Século XXI**. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris. 2003.

CARNEIRO, Dionísio Dias; MODIANO, Eduardo. Ajuste externo e desequilíbrio interno. In: **A Ordem do Progresso**: cem anos de política econômica republicana, 1889-1989. Marcelo Paiva de Abreu (org) Rio de Janeiro. Ed. Campus. 1990.

COUTINHO, Luciano G.; SABBATINI, Rodrigo. Impactos potenciais da ALCA sobre a indústria brasileira: sínteses de estudos setoriais de competitividade. In: **O Brasil e a ALCA**: os desafios da integração. São Paulo: Ed. Aduaneiras. 2003.

DUPAS, Gilberto. **Economia global e a exclusão social**. São Paulo: Ed. Paz e Terra. 1999

HIRST, Paul. Globalização: Mito ou realidade. In: **Globalização**: o fato e o mito. José Luiz Fiori (org) Rio de Janeiro: Ed EduERJ, 1998

IANNI, Octavio. **Teoria da globalização**. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

LANDES, David S. **Prometeu desacorrentado**: transformações tecnológicas e desenvolvimento industrial na Europa ocidental, desde 1750 até nossa época. Trad. Vera Ribeiro. São Paulo: Nova Fonteira, 1994.

OLIVEIRA, Laércio Rodrigues de. **Os impactos da internacionalização do capital na evolução do mercado de trabalho formal do Estado do Paraná**: análise do período 1990 – 1999. São Paulo, 2001 (Dissertação de Mestrado em Economia) Pontifícia Universidade Católica.

POCHMANN, Márcio. **O emprego na globalização**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2001.

SCUMPETER, Josef Alois. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Zahar editores. 1988.

Revista Exame, Editora Abril S/A, São Paulo. Edição 867 de maio de 2006.

SEITENFUS, Ricardo. A construção da ALCA: doutrina de Monroe, destino manifesto, ou integração soberana. In: **O Brasil e a ALCA**: os desafios da integração. São Paulo. Ed. Aduaneiras, 2003.

SILBER, Simão Davi. Aspectos econômicos da formação da área de livre comércio das Américas. In: **O Brasil e a ALCA: os desafios da integração**. São Paulo: Ed. Aduaneiras. 2003.

TAVARES, Maria da Conceição. Mitos globais e fatos regionais: a nova desordem internacional. In: **Globalização o fato e o mito**. José Luiz Fiori (org) Rio de Janeiro: Ed EduERJ, 1998.

Site www.o globo.com, Acesso em: 08 nov. 2004.

Site www.cni.org.br Acesso em: abr. 2006.

Site www.mdic.gov.br acessado em 15 abr.2006.

DIREITO EMPRESARIAL, GLOBALIZAÇÃO E O DESAFIO DAS NOVAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Lourival José de OLIVEIRA

São várias as publicações que evidenciam as mudanças de paradigmas ocorridas durante o século XX no mundo. ¹ São transformações que alteraram as referências que se tinha sobre determinados objetos, como no caso, as relações de trabalho. As novas formas de prestação de serviços, a presença feminina na fábrica, os novos hábitos e locais de trabalho fizeram com que o Estado fosse redesenhando a sua forma de participação na relação de trabalho. Após a Segunda Guerra Mundial, principalmente na Europa, houve a reorganização das nações, com disputas internas (nacionais) em torno da própria identidade nacional. Após a chamada formação dos blocos econômicos e de um novo alinhamento político e econômico, uma realidade bastante diferente da anterior descortinou-se no mundo do trabalho, concentrando a atenção dos estudiosos do assunto.

Na periferia do mundo, sob a hegemonia dos países ditos desenvolvidos, assistiu-se ao incremento de novos sistemas produtivos, atrelados aos países centralizadores com seus processos de industrialização em massa. O Estado nacional passou por um estágio de desgaste frente aos fatores econômicos. Buscam-se atualmente os melhores resultados econômicos, nem que para isso necessitem ser os valores sociais e interesses regionais remanejados para um segundo plano. A crença de

1 Entende-se como mudanças de paradigmas todas as mudanças ocorridas no campo social, filosófico, econômico, religioso e etc, suficientes para localizar determinadas épocas ou grupos humanos.

que o mercado seria o novo fator de regularização social traduziu-se no chamado neoliberalismo, que trouxe à reboque a internacionalização do mercado consumidor, na corrida incessante pela própria homogeneização dos costumes.

Personifica-se o mercado, que precisa ser considerado um ente dotado de um valor, de uma identidade, como se tratasse de um sujeito dotado de vontade e de ações conscientes, ainda que dentro de um anonimato e sem um local definido. O mercado impõe o preço deste ou daquele produto, do valor da mão-de-obra. Mas quem ou o que é o mercado?

Quanto à tecnologia, os avanços criaram “significativas” transformações no conceito de trabalhador. A aplicação das inovações tecnológicas ocorre com surpreendente velocidade, que na maioria das vezes foi criticada por desconsiderar as questões sociais, éticas e demais valores imanentes na própria cultura de uma dada sociedade, contribuindo sobremaneira para a redistribuição das competências e da escala de valores.

As novas dimensões do emprego foram redesenhadas com o avanço tecnológico, surgindo a possibilidade do trabalho em domicílio, da competição interempresarial, da necessidade do trabalhador ser criativo e poder desempenhar várias atribuições, das atividades informais e quem sabe, com o uso crescente da robotização, o surgimento das chamadas “fábricas escuras”.²

Já foi asseverado por Jacques Généreux:

² “O clássico exemplo é o da fábrica escura, onde, por não haver seres humanos trabalhando, em razão da robotização, não é necessário acender luzes.” CARVALHO, Rogério Dardeau de. **A sociedade em negociação**: inovações tecnológicas, trabalho e emprego. Rio de Janeiro: Muad, 2001, p. 22.

Em suma, a ausência radical de trabalho, de que fala Viviane Forrester, não é para amanhã! Muito menos para hoje! Existe uma constatação evidente que todo mundo pode verificar: durante o último quarto do século XX, marcado pelo aumento do desemprego e da pobreza, o trabalho ainda é a regra majoritária e a falta do trabalho, o desvio reservado às minorias.³

No cerne da questão para o estudo que aqui se pretende ver desenvolvido estão: o novo conceito de empresa, o fenômeno da globalização e, por último, as novas relações de trabalho, sem querer que com essa ordem aqui apresentada se depreenda que uma é consequência da outra, dentro de um estudo causal. A forma é cíclica, podendo ser cometido sério erro caso queira realizar um estudo linear. A globalização é um fenômeno, não sendo causa e nem pura consequência. A empresa possui uma nova conceituação e assim deve ser compreendida, e, as relações de trabalho foram redesenhadas, devendo ser aprofundado os estudos sobre essas novas formas de vender a força de trabalho.

As contradições entre capital e trabalho não deixaram de existir. Pode ter ocorrido a mudança na forma, sem que, no entanto houvesse a diminuição nas contradições existentes. Por último, como conceber a continuação desse embate, que não é novo e sim com formas diferentes? Como conceber o trabalho nesse novo contexto, em que as mudanças ocorrem com grande velocidade? Torna-se importante um estudo multidisciplinar, acrescentando-se elementos novos retirados da sociologia, economia, administração e ciências políticas principalmente, como a busca da efetiva participação dos trabalhadores nos

³ GÉNÉREUX, Jacques. **O horror político**: o horror não é econômico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997, p. 139.

rumos empresariais, a fim de que se descortinem novos ângulos de visão sobre objetos que por muito tempo foram manejados a partir de um enfoque monocromático. Talvez essa seja uma dentre as poucas maneiras de se erigir um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

UMA NOVA ORGANIZAÇÃO EMPRESARIAL.

Inicialmente surge o seguinte questionamento: o que deve ser entendido por empresa nos dias atuais? Como conceituá-la? A maioria dos textos sobre o assunto, em especial na área de administração de empresas, trabalha partindo de uma justificativa prévia que vai fundamentar as mudanças por que tem passado o seu conceito, principiando-se pelo estudo das novas estratégias organizacionais e as novas formas de ação, explicado como se fosse natural e previsível,⁴ valendo discorrer um pouco sobre esses encaminhamentos.

Tudo começa com o estudo do ambiente organizacional e a construção de estratégias para lidar com esse novo ambiente globalizado. Fatores como os avanços tecnológicos, a concorrência maciça entre as empresas, a busca da lucratividade em qualquer espaço territorial alimentam os administradores na construção da nova empresa. Os fatores aqui citados e outros mais apontam para um novo cenário organizacional, permitindo-se a construção de fórmulas de adaptação ao novo ambiente, como se fosse um requisito para a sobrevivência da própria empresa ter ela que produzir uma resposta imediata em termos de adaptação (modificações no sentido mais amplo que se pode construir).

É como se esse ambiente (novas contingências de mercado) fosse algo que pudesse destruir a empresa, oferecido principalmente pela

⁴ Crítica que fazemos às teorias organizacionais que pretendem dar uma aparente explicação natural aos desenvolvimentos organizacionais.

sua característica de ser algo mutável, que vai se transformando pela própria pressão exercida por causa das novas formas de as empresas se relacionarem entre si e com a sociedade como um todo. São informações, serviços, influências econômicas e outros elementos que saem e entram nas empresas, compondo uma rede⁵, com a criação de grupos e subgrupos que se acham dentro e fora do espaço empresarial, surgindo um misto de interdependência e autonomia, pulverizando, por assim dizer, os procedimentos de produção. É como se a própria organização empresarial criasse o seu próprio veneno para justificar a invenção do antídoto, que irá, por sua vez, constituir-se em um novo veneno que merecerá um novo antídoto.

Desse compasso a que se imputa a forma cíclica, advêm os processos de terceirização, quarteirização, formas autônomas de prestação de serviços, o trabalho em domicílio e outras maneiras de prestação de serviço, agindo e sofrendo os efeitos dos novos contextos empresariais. E em regra, desse novo contexto empresarial obtém-se como consequência a produção de postos de trabalho com baixos salários, redução de quadros e demissões crescentes, em especial dos trabalhadores mais experientes.

A título de exemplificação, vale citar o que ocorreu após o processo de privatização em várias empresas estatais, cumulando-se novos procedimentos de reorganização produtiva.

A reestruturação da telefonia no Brasil modernizou os serviços ao consumidor, mas as terceirizações reduziram os salários de trabalhadores do setor em até 40%. A conclusão está na tese de doutorado de Sirlei Márcia de Oliveira, apresentada à Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas

5 Daí vem a explicação da designação de empresa rede.

(FFLCH) da USP. O estudo comparou a organização e as relações de trabalho na estatal Telesp e na Telefônica, que assumiu a telefonia fixa em São Paulo após a privatização, em 1998. Sirlei aponta que a Telesp tinha 24 mil funcionários e a Telefônica possui 7.100. “A empresa pública concentrava-se em engenharia, operação e apoio, enquanto a Telefônica priorizou a venda de linhas e a supervisão das demais tarefas, repassadas a prestadores de serviço em áreas”, explica. “Existem 20 empresas trabalhando para a Telefônica, num total de 42 mil funcionários, metade dos trabalhadores do setor no estado de São Paulo.” Durante a reestruturação, aponta a pesquisadora, houve grande número de demissões, atingindo trabalhadores mais experientes e com menos escolaridade. “Em 1997, 68,5% dos trabalhadores em telefonia tinham entre 30 e 49 anos, número que caiu para 54,8% após a privatização, e os empregados entre 18 e 29 anos passaram de 22,1% para 39,2% no mesmo período”, relata. “Os cabistas, instaladores e reparadores da Telesp foram demitidos, e as terceirizações reduziram a média salarial destes setores entre 30% e 40%”. De acordo com Sirlei, as condições de trabalho na área de telefonia mudaram com a privatização. “Houve perda de benefícios, embora as jornadas de trabalho tenham aumentado e as reestruturações funcionais sejam constantes”, afirma. “Os empregados da Telesp estavam reunidos em um único sindicato, o Sintetel, que negociava os acordos coletivos com a empresa”, diz. “Hoje, há trabalhadores ligados a vários sindicatos, como o da construção civil e o dos operadores de telemarketing, que realizam negociações em separado e

com várias empresas, reduzindo o poder de barganha dos trabalhadores”.⁶

Diante da realidade que acima se tentou traduzir, autores como Amato, Schmitz, Nadvi e Hoffmann afirmam que as relações interorganizacionais em redes proporcionam mecanismos para o desenvolvimento interno e externo da organização, bem como sinergias coletivas geradas pela efetiva participação das empresas e, por sua vez, fortalecem as chances de sobrevivência e crescimento.⁷ Começa assim a surgir o novo conceito de empresa.

A partir de uma análise ambiental, juntamente com a necessidade do seu relacionamento externo, uma organização empresarial será eficiente se o serviço por ela prestado for relevante para a comunidade.⁸

Partindo dessa premissa, teve-se na teoria organizacional empresarial um outro desmembramento, quando a empresa passou a ser entendida como parte de um ambiente maior que o ambiente empresarial. Trata-se do chamado “ambiente aberto” de organização. A forma como a empresa se relacionará com esse ambiente será o elemento definidor do seu sucesso ou não, de forma que a empresa que melhor “apoderar-se” desse ambiente será a que terá sucesso. Trata-se da teoria de Darwim transferida para a esfera social e econômica. Aquela empresa que não se adaptar ao novo ambiente surgido ou às mutações desse

6 BERNARDES, Júlio. Agência USP de Notícias. Terceirização reduziu salários em telefonia. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/canalexecutivo/notas/180220051.htm>. Acesso em: 22 fev.2005.

7 AMATO, J. O papel da pequena empresa no processo de reestruturação industrial: a experiência internacional. **ERA**. v. 20, n. 4, p. 802-804, fev. 1990; SCHMITZ, H.; NADVI, K. “Clustering and industrialization: introduction. **World Development**, v. 27, n. 9, 1999, p. 1503-1514.

8 MARCOVITCH, J. **Interação da instituição de pesquisa industrial com seu ambiente e suas implicações na eficácia organizacional**. São Paulo, 1977 (tese livre docência) FEA/USP.

ambiente onde está inserida (forma de produzir, consumidores, características do seu produto, enfrentamento das contingências políticas e instabilidades econômicas) perecerá. As que conseguirem acompanhar os processos de transformação, prosseguindo com um processo de mutação sintonizada com o meio em que vivem, poderão sobreviver.

Para fazer frente (criação de condições de enfrentamento) aos fatores aqui apresentados, o campo de estudos das ciências sociais, da administração de empresas e da sociologia, procurou construir uma abordagem batizada de “estudos organizacionais”, despertando grande interesse pela chamada “empresa rede”.

Para Nohria e Eccles, existem três razões que se destacam para o aumento do interesse nesse campo de estudo. São elas:

(...)

a) a emergência da nova competição, como a que está ocorrendo nos distritos industriais italianos e do Vale do Silício. Se o velho modelo de organização era a grande firma hierárquica, o modelo da organização considerada característica da nova competição é a rede de relações laterais intra e interfirmas. O ambiente mais competitivo exige a reestruturação das antigas formas organizacionais marcadas pela hierarquia. O novo ambiente pede organizações mais flexíveis e capazes de se adaptarem às crescentes complexidades ambientais mais rapidamente; b) o surgimento das TICs (Tecnologias de Informação e Comunicação), como por exemplo as bases de dados compartilhadas, o correio eletrônico, as intranets organizacionais, a internet, o *groupware*, que têm tornado possível uma maior capacidade de interação entre firmas dispersas e; c) a consolidação da análise de redes como uma disciplina

acadêmica, não somente restrita a alguns grupos de sociólogos, mas expandida para uma ampla interdisciplinaridade dos estudos organizacionais ⁹.

Como caracterizar uma empresa rede? Quais são os seus elementos? Hoffmann cita uma série deles, valendo frisar os seguintes: “a) relatividade nos papéis dos atores organizacionais; b) interação; c) interdependência das partes; d) complementaridade; e) especialização das atividades das empresas, e; f) competitividade entre as redes”. ¹⁰ O mesmo autor continua, explicando que um conceito mais abrangente pode ser fornecido a partir do momento que entre as empresas autônomas que compõem a rede se formam vínculos sistemáticos formais e informais, que podem se constituir a partir da aquisição de capital, alianças estratégicas, externalização de funções ou outras formas menos citadas. No entanto, é possível também encontrar conceitos mais simples como rede de empresas. É o que há de intermediário entre uma simples empresa e o mercado. Ou também, acordos de longo prazo que fixam propósitos comuns entre empresas distintas, que permitem a elas a obtenção de uma vantagem competitiva frente aos competidores que estejam fora da rede.

O importante é localizar a empresa e a atividade empresarial transformada, mudando-se rapidamente com vistas a dar uma resposta àquilo que é exigido pelo ambiente, que, em linhas gerais, traduz-se em uma maciça competição. O que falta à teoria empresarial é dar importância quanto à localização do homem nesse contexto. Quer dizer,

9 NOHRIA, N.; ECCLES, R. **Networks and organizations: structure, for and action.** Boston”Harvard: Business School Press, 1992.

10 HOFFMANN, V.E. **Los factores competitivos de la empresa a partir de la perspectiva de los distritos industriales:** uno estudio de la industria de cerámica de revestimiento brasileña. España, 2002. Tesis Doctoral, Universidad de Zaragoza.

o homem que tem necessidade de vender a sua força de trabalho para manter-se vivo, que, por muitas vezes é destituído da possibilidade da realização de trabalho, por causa, principalmente, da reorganização da atividade empresarial, em decorrência da nova tecnologia, que desprestigia, retira o valor de algumas formas de trabalho humano, colocando esse homem em uma situação de impotência funcional.

Diante dessa situação, o homem deve encontrar meios para retornar à situação de utilidade, o que requer um processo de humanização do trabalho. É nesse aspecto que se destaca a questão do fim social da empresa ou da atividade empresarial, compreendendo-a como um todo, que, no momento, não é alvo particular desse estudo.

O NOVO CONTEXTO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO A PARTIR DAS TRANSFORMAÇÕES OPERADAS NA EMPRESA

Partindo do novo universo empresarial, apresenta-se uma série de teorias que buscam estudar os efeitos mais importantes produzidos nas relações de trabalho. Vale destacar os mais importantes estudiosos do assunto, como Alvin Toffler, Domenico DeMasi, Manuel Castells, Guy Aznar e Jeremy Rifkin, dentre outros.

Fazendo uma síntese dos temas desenvolvidos pelos estudiosos citados acima, apanhando-os de forma individualizada, é possível construir o seguinte:

- a) para Alvin Toffler, a tendência moderna é caminhar para o trabalho intelectual;
- b) Domenico DeMasi mostra um agradável ócio criativo¹¹;

11 DE MASI, Domenico (org). **A economia do ócio**. Rio de Janeiro: Ed. Contexto, 2001.

- c) Castells mostra o futuro para o trabalho em rede;
- d) Aznar que aponta para cada vez menos trabalho e Rifkin que se destaca pela sua teoria do fim do emprego¹².

Conforme já afirmado anteriormente, fica difícil negar o fato de que o avanço tecnológico é efetivamente um dos principais fatores que contribuíram para as mudanças ocorridas no meio empresarial e consequentemente também nas formas de prestação de trabalho. Juntamente com a mudança do conceito de empresa vai ocorrendo a mudança nas formas de trabalho por causa da superação do fator espaço, da rapidez da produção, proporcionado pelo avanço tecnológico, a ponto de ser alterado o próprio conceito de trabalho. Superação também do fator tempo, pela rapidez e eficiência da produção.

Com as mudanças nas formas de ser aplicada a tecnologia, que se estuda a partir de um processo de reorganização produtiva, muda-se também o modo como o trabalho é disciplinado, alinhado e incorporado à atividade empresarial.

Ao mesmo tempo em que a tecnologia é tida como um dos grandes fatores de transformação, essa mesma tecnologia não existe para todos, o que significa que em um mesmo ambiente (espaço físico e social) podem existir competições desiguais entre empresas, gerando exclusões sociais, desequilíbrios regionais, perda da gestão local e sustentável e redução do poder do Estado, resultando em uma nova dinâmica para a geração e sustentação do emprego, com exclusões de trabalhadores da própria possibilidade de vir a ter emprego, porque se acham destituídos do potencial e da própria importância econômica

12 Vale estudar a obra: RIFKIN, Jeremy. **A era do acesso**: a transição de mercados convencionais para networks e o nascimento de uma nova economia. São Paulo: Makron Books, 2001.

para esse novo modo de produzir, obrigando o estudioso do tema a aprofundar suas reflexões sobre o próprio significado de emprego.

Dessas reflexões surgem estudos sobre as chamadas tendências do emprego, que em um primeiro momento querem explicar o que está acontecendo no mercado de trabalho. Em um segundo momento, vive-se a dicotomia emprego e progresso, tentando dar um tratamento mais simplista ao fato de que o progresso não é contrário à geração do emprego, ainda que as novas tecnologias contribuam em grande parte para a redução do número de postos de trabalho. Em uma terceira etapa é prudente dar destaque principalmente, nos países periféricos, à batalha entre redução de garantias do trabalhador e desenvolvimento econômico com liberação da economia. Talvez sejam esses, em síntese, os pontos principais de debate e aprofundamento, que contribuirão para a construção do novo conceito de emprego.

Sem deixar de lado todas as discussões acima, resumidamente citadas, é importante também dar ênfase no fato de que, ao lado de todo esse estudo, encontram-se explicações simplificadoras. Um exemplo é a explicação que se dá quanto à perda de postos de trabalho porque o mundo está passando, tratando esta perda como transitória e com relativa importância. Nada mais óbvio partir-se do pressuposto de que tudo é transitório, constatando-se a própria dinâmica das transformações da vida. O emprego está verdadeiramente diminuindo. Também é inegável que o emprego tradicional ou a forma de prestação de serviços na maneira tradicional também está sendo substituída por procedimentos que necessitam pouco da mão-de-obra humana. E são essas transformações ou substituições por outras formas de venda da força de trabalho que também não acontecem de forma homogênea em todas as partes do planeta que merecem um detalhamento maior.

Reafirmando-se, a forma de vender a força de trabalho sofreu transformações. Sendo assim, a visão sobre o desemprego sofreu altera-

ções juntamente com a questão da qualificação para o trabalho. Também o trabalho presencial deixou de ser imprescindível, juntamente com a satisfação do trabalhador com o que está fazendo e para quem está trabalhando, o tempo disponível para convivência familiar¹³, a forma de distribuição e os valores de suas remunerações, só para citar alguns pontos da vida do trabalhador, que passaram por profundas mudanças.

Não pode ser negado que o conceito de empresa (a nova empresa) tem a ver com essas transformações ocorridas no trabalho. A constituição das redes de empresas, os controles exercidos pelas empresas financeiras sobre os países pobres, os acordos internacionais apoiados por grandes organismos (Organização Mundial do Comércio) contribuíram para a “tendência de hierarquização do trabalho”, com processos produtivos previamente definidos para uma boa parte do planeta, conduzindo os procedimentos de produção para uma hierarquização do trabalho.

E o que é a hierarquização do trabalho? Ladislau Dawbor explica:

Constatamos assim que o processo de avanço tecnológico sem as transformações institucionais correspondentes, leva a uma nova hierarquização do trabalho característica do subdesenvolvimento tecnificado. No topo da pirâmide, o emprego nobre no setor formal, com salários relativamente elevados e normas de trabalho relativamente respeitadas, mas envolvendo um segmento minoritário da população, tanto em volume como em termos de distribuição por países. Mais abaixo, o conjunto de atividades terceirizadas mais

13 Como prova, vale citar as jornadas prolongadas e as conseqüências resultantes do banco de horas no que diz respeito ao convívio familiar, principalmente quando o trabalho se estende aos domingos.

ou menos instáveis, onde a precariedade leva a uma grande insegurança, e gera um volume elevado de pequenas e médias empresas de elevadíssima taxa de mortalidade. Em torno deste espaço formal, desenvolve-se um amplo sistema de economia informal, que hoje ocupa freqüentemente um terço da totalidade de mão de obra, e onde os níveis salariais, respeito a normas de trabalho e preservação ambiental são cada vez mais baixos. Finalmente, uma massa hoje muito significativa da mão de obra opta pela economia ilegal, ou subterrânea, desarticulando e desagregando rapidamente a sociedade, como tem sido constatado por exemplo desde as favelas do Rio de Janeiro até a produção popular de coca na Colômbia, ou as invasões de empresas de gado na Amazônia.”¹⁴

Muito se tem estudado sobre o trabalho informal no mundo. Em especial a Organização Internacional do Trabalho desenvolve estudos desde a década de 1960 no continente africano.¹⁵ Buscou-se àquela época, a partir de pesquisas realizadas, traçar estudos econômicos a partir do desenvolvimento que se estava obtendo em cada região. O debate era preso às variadas formas de trabalho que estavam se desenvolvendo nas economias subdesenvolvidas, marcadas pelo trabalho de curta duração, remuneração irrisória, não suficiente para o sustento do trabalhador, obrigando-o a jornadas prolongadas.

Na seqüência, o enfoque do trabalho informal ganhou outros parâmetros, classificados como o tipo de trabalho reservado àqueles trabalhadores que não conseguiam ingressar no mercado competitivo,

14 DOWBOR, Ladislau. **O que aconteceu com o trabalho?** Disponível em: <http://ppbr.com/ld/actrab.asp>. Acesso em: 23set. 2004.

15 FORBES, D.K. O emprego e o setor informal. In: **Uma visão crítica da geografia do subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p. 288-296.

seja pela baixa qualidade técnica-profissional, seja pelo crescimento demográfico, que torna a economia incapaz de absorver toda a mão-de-obra excedente, sendo o setor informal o único meio de esses trabalhadores buscarem a sobrevivência.

Por essas razões, passou-se a chamar de setor informal do trabalho todo o trabalho prestado por mão-de-obra sem qualificação, preso a economias subdesenvolvidas, marcadas por uma indústria sem desenvolvimento ou de pouco desenvolvimento, com baixo nível técnico, localizado em grande parte em sociedades com alta concentração de renda.¹⁶

A discussão sobre o trabalho informal passa também pela migração de mão-de-obra do campo para a cidade, que contribui sobremaneira para o aumento do número de pessoas no setor urbano marcadas pela desqualificação, o que alguns autores denominam de processo de desterritorialização. Segundo Dedecca e Baltazar, o setor industrial no Brasil não foi suficiente para absorver todo o elevado crescimento demográfico das cidades, causado por um rápido processo de migração das pessoas do campo para as zonas urbanas e agravou a crise social nas cidades, fenômeno característico da maioria dos países pobres no período compreendido entre 1960 a 1980.¹⁷

No entanto, a partir da década de 90 principalmente, variando a datação de localidade para localidade geográfica, o setor informal, em face da reestruturação produtiva porque passam as economias, foi deixando de ser a marca dos países pobres e começou a penetrar nas economias mais desenvolvidas.

16 MACHADO da SILVA, L. Trabalho informal: teoria, realidade e atualidade. **Tempo e Presença**, ano 15, n. 269, p. 31-34, maio/junho, 1993.

17 DEDECCA, C.S., BALTAR, P. E. DE A. Mercado de trabalho e informalidade nos anos 90. **Estudos Econômicos**, 1997, vol. 27, n. Especial, p. 65-84.

Trata-se do processo de coisificação da mão-de-obra, considerando-se a força de trabalho mera mercadoria, com um preço de venda, de acordo com as leis de mercado. Não são mais as economias sem desenvolvimento que comportarão a informalidade. Os processos de produção sofisticados, a informatização, a automação, enfim, a produção com alta qualidade tecnológica e necessidade de baixo custo para ser atingida à condição de competição vai pesar na construção do trabalho informal neste novo meio (do mundo desenvolvido), deixando de ser tratado como excepcional, mas como uma nova modalidade surgida a contar das variadas formas de arranjos e novas posturas industriais, passando inclusive a sobrepor o trabalho formal em quantidade. No Brasil a uma equiparação com o trabalho formal em termos de remuneração.

Segundo o IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada):

Depois do boom da informalidade, que reúne hoje 37 milhões de trabalhadores, ou metade do mercado brasileiro remunerado, o país acompanha outra mudança significativa no trabalho: a aproximação do valor do rendimento médio de trabalhadores formais e informais. No início dos anos 90, a renda dos empregados com carteira assinada era 50% superior à dos sem carteira. Em 12 anos, a diferença caiu para 15%. Outro dado revelado no acompanhamento do mercado de trabalho pelo IPEA, órgão vinculado ao Ministério do Planejamento: ao contrário do que se imaginava, de novembro de 2002 a outubro de 2004 – período com forte crise econômica, houve também uma explosão de empregos. Foram criados em torno de 1,2 milhão de novos postos de trabalho. Mas, como informa o pesquisador Lauro Ramos “a quase totalidade deles referente a empregos de

péssima qualidade”, ou seja, de baixa qualificação e sub-remuneração.¹⁸

Vale citar nesse mesmo diapasão o texto de Leonardo A. Lanzona, que empiricamente apresenta exemplos e questiona da aplicação da tese Jobless, sobre o crescimento com desemprego.

Com sua população consideravelmente grande, o trabalho deve ser o componente-chave do desenvolvimento philippine. Está surpreendendo então que o emprego tem declinado recentemente, mesmo enquanto a economia melhorasse. O crescimento anual no produto doméstico bruto philippine aumentou de 3,3 por cento em 1999 a 3,9 por cento em 2000. Entretanto, o desemprego levantou-se também de 9 por cento no janeiro 1990 a 9,5 no mesmo período em 2000 e então a 11,5 em 2001. Como podemos nós esclarecer o fato que o crescimento econômico aumentado gravado resultou em um desemprego mais grande? Poderia este ser “o crescimento jobless temido” esse que todos se mantem falar aproximadamente?¹⁹

18 BRANDÃO JÚNIOR, Nilson. Renda de formais e informais se aproxima. **Folha de Londrina**, p. 6, 20 fev. 2005. Caderno Economia.

19 Tradução do original: *Jobless Growth, Trade and Globalization. With its considerably large population, labor should be the key component of Philippine development. It is surprising then that employment has declined recently even as the economy has improved. Annual growth in the Philippine Gross Domestic Product increased from 3.3 percent in 1999 to 3,9 percent in 2000. However, the unemployment also rose from 9 percent in the January 1990 to 9,5 in the same period in 2000 and then to 11,5 in 2001. How can we account for the fact that the increased economic growth recorded has resulted in greater unemployment? Could this be the dreaded “jobless growth” that everyone keeps talking about?.* Disponível em: http://www.aer.ph/index.php?option=com_content&task=view&cid=109&Itemid=52. Acesso em: 09 fev. 2005.

O Estado nacional por sua vez, em especial o brasileiro, busca elidir o trabalho informal? O que se tem em vista é uma proposta mais de tom tributário. Ou seja, como recolher tributos sobre o trabalho informal, uma vez que se trata de um fato consumado? Mais parece que na visão do Estado nacional, trabalho informal sem recolhimento de tributos sobre ele é algo que precisa ser equacionado, não importando sua permanência na informalidade. A informalidade é também um produto da modernidade. Mas, ainda assim, não a faz imune de ser tributada, merecendo apenas criações estratégicas (instrumentos) de tributação.

O trabalho informal, saindo do binômio formalidade e informalidade, é também um produto não passageiro, em consonância com a reorganização empresarial. Ele se harmoniza com os novos conceitos de empresa, traduzindo-se em uma forma variável, descontínua e desburocratizada, como requer o modelo organizacional moderno, não deixando de se constituir em uma forma de emprego não mais excepcional ou marginalizada para os “tempos modernos”. Ao contrário, está sendo praticada com crescente regularidade, dentro do que se convencionou chamar de “algo natural”.²⁰

20 Projeto prevê flexibilizar direito trabalhista O governo Luiz Inácio Lula da Silva lançou ontem (29/09), por meio de um projeto de lei complementar, um embrião da reforma trabalhista de orientação liberal ensaiada desde o início do mandato. Pelo texto a ser enviado ao Congresso, funcionários de pequenas empresas com faturamento até R\$ 3.000 mensais poderão abrir mão do FGTS (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço) de 8% do salário válido para os demais trabalhadores do setor formal -em vez disso, terão um FGTS de apenas 0,5% do salário. O projeto precisa de maioria absoluta na Câmara e no Senado para ser aprovado. Com a medida, acompanhada de simplificação tributária para as pessoas jurídicas de pequeno porte, pretende-se estimular a regularização dos, segundo estimativas, 11 milhões de empresários e 43 milhões de trabalhadores que hoje estão na informalidade. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/aprendiz/guia-de-empregos/primeiro/noticias/ge300904.htm>. Acesso em: 21.fev.2005.

Sobre a precarização do trabalho, vale citar o contido em documento publicado pelo DIEESE (Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Sócio-econômicos), que relata.

Ao lado da preocupação mais geral com o desemprego, que vem atingindo níveis alarmantes em todo o mundo - dados da Organização Internacional do Trabalho (OIT) indicam que, em 1995, cerca de um bilhão de pessoas estavam desempregadas ou subempregadas - uma outra questão vem atraindo a atenção dos trabalhadores: o desemprego de longa duração. No mundo moderno, não apenas as pessoas perdem o emprego, como ficam, por vezes mais de um ano, sem obter uma nova colocação. Dados a respeito deste tema constituem um dos destaques do Anuário dos Trabalhadores 96/97, que o DIEESE está lançando neste final de ano. Ainda que as informações disponíveis a respeito do desemprego de longa duração não sejam muito atualizadas - os últimos dados da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e reproduzidos no Anuário referem-se a 1993 - demonstram que a situação permanece grave. Mesmo levando-se em conta que a maior parte dos países selecionados tenha uma política social e de seguro desemprego que procura prover ao menos as necessidades básicas da população, há a necessidade de se estruturar políticas de emprego capazes de reduzir as elevadas taxas de desemprego em nível mundial.

Pelos dados disponíveis, em 1993, 60,1% dos desempregados alemães encontravam-se nesta situação há seis meses ou mais e 40,3%, há um ano ou mais. Embora alarmante, a situação, em particular na Alema-

nha, já foi mais grave, pois em 1990, os percentuais eram mais elevados. Em outros países, a população desempregada há um ano ou mais correspondia a mais da metade do total de desempregados, como na Espanha (50,1%) e na Itália (57,7%). Em ambos os casos, porém, a taxa mais recente também é inferior a de períodos anteriores, como 1990.

No entanto, em outras regiões, houve crescimento destes percentuais, na comparação dos dois períodos. Austrália, Canadá, Estados Unidos e Suécia constituem exemplos desse comportamento, ainda que (sic) suas taxas sejam inferiores que as verificadas nos exemplos citados anteriormente.²¹

Quanto à relação entre reorganização produtiva e desemprego, Giovanni Alves, de forma clara e concisa, leciona:

O aumento da subcontratação é um indicativo da subproletarização tardia, uma vez que a precariedade do emprego e do salário é o que caracteriza, de certo modo, a condição do trabalho assalariado nas pequenas unidades produtivas que circulam na órbita das corporações transnacionais (por exemplo, no Japão, uma parcela considerável da classe dos trabalhadores assalariados, cerca de 2/3, pertencem a tais pequenas empresas subcontratantes e fornecedores, sem possuírem as mesmas vantagens e benefícios dos assalariados das grandes empresas). Não obstante o fato de que as corporações industriais sempre precisaram das pequenas empresas, como se observa com a proliferação da subcontrata-

21 Disponível em: <http://www.dieese.org.br/esp/jtrab/anunov96.xml>. Acesso em: 09 fev.2005.

ção, onde o espírito do toyotismo impulsiona novos estilos de acumulação capitalistas, a utilização das pequenas empresas tornou-se uma estratégia de organização industrial voltada para o controle de trabalho e de emprego, adequada à nova época de crise de valorização do capital, onde a instabilidade perpétua impõe a constituição, pelas corporações transnacionais, de um “colchão” de pequenas empresas capazes de amortecer as inconsistências dos mercados. É um componente decisivo para instaurar um novo patamar de flexibilidade do capital num cenário de crise de valorização e de concorrência planetária.²²

Fica evidente a ligação lógica entre reorganização produtiva e precarização do trabalho. O segundo é produto do primeiro e ao mesmo tempo proporciona novo arranjo na forma de produção. Por essa razão a análise da relação causa-conseqüência é uma visão simplista, uma compreensão dialética, ação e reação produzem um novo resultado, interagindo, opondo-se e complementando, ao mesmo tempo o modo de produção. Considerando a busca da valorização do homem, como trabalhar esse cenário? Esse talvez seja o grande dilema a ser enfrentado pelo pesquisador.

ESTUDO DO DESEMPREGO E A NECESSIDADE DE PRODUZIR A VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO

Mesmo sendo considerada uma pesquisa pertencente ao campo das ciências humanas (divisão clássica), é interessante apropriar-se de

22 ALVES, Giovani. Desemprego estrutural e trabalho precário na era da globalização. Disponível: <http://www.economiabr.net/2003/10/01/desemprego.html>. Acesso em: 09 fev.2005.

algumas rotinas das ciências biológicas para que o presente trabalho apresente-se didaticamente, a fim de atingir um maior número de pessoas. Por essa razão, passa-se a “isolar” alguns elementos, a fim de aprofundar os estudos em torno de sua essência. Desses isolamentos resultarão sínteses e novos questionamentos.

Primeiramente vale alinhar as chamadas causas e efeitos do desemprego, haja vista que assim é que o estudo clássico apresenta o desemprego e as soluções prudentes para se sair dele.²³ Ou muitas vezes, que não há modo de se sair do desemprego, tratando-se de algo “estrutural”, como se estivesse tudo pronto e acabado.²⁴ Em suma, defende-se a tese de que o desemprego afronta um direito natural do ser humano, direito ao emprego, porque por meio dele, busca-se a realização do homem, produzindo a sua felicidade. Sendo assim, a condição de desemprego foge à ordem natural das coisas, constituindo-se em algo perverso a ser combatido a todo custo.

A economia, por sua vez, deve contribuir para essa visão humanitária sobre o emprego, fornecendo os postos de trabalho de que a sociedade necessita. Quando a economia não vai bem, o reflexo é a falta de emprego com a conseqüente infelicidade humana. Então, a economia deve caminhar bem, para que a felicidade seja alcançada.

Para os liberais, a economia não tem que exercer esse papel humanista, apesar de naturalmente com o seu desenvolvimento atender aos pleitos sociais (gerar empregos). Vem daí o raciocínio de acordo com o qual se a economia prosperar, naturalmente a condição de vida do trabalhador também prosperará.

23 Não podemos deixar de lembrar que o estudo com a aplicação do método causa conseqüência ou causa e efeito poderá implicar em uma visão simplista, combinada com resultados justificados “naturalmente”.

24 Daí vem a expressão “desemprego estrutural”.

Dentro dessa visão, o trabalho, apesar de não deixar de ser um direito natural, toma a feição de mercadoria, com um preço certo que é ditado pelas regras de mercado. Cria-se então o conceito de desemprego estrutural, gerado também (naturalmente) por uma situação de mercado, que, com o desenvolvimento tecnológico principalmente, não mais consegue fornecer o número de empregos necessários para satisfazer o homem em sociedade. Ou seja, também o desemprego estrutural, assim como os direitos ao emprego, é explicado natural, sem formas de impedi-los. E' como dizer que o mal faz parte da vida, assim como o desemprego faz parte do cotidiano.

Continuando, o discurso econômico liberal sobre o desemprego estrutural, firma-se no binômio: eficiência e não eficiência. Ou seja, naturalmente encontram-se desempregados aqueles que não foram eficientes, elogiando-se os que estão no emprego por uma questão de serem naturalmente eficientes. Por esse raciocínio, a “culpa” do desemprego é do próprio trabalhador não eficiente o bastante para se manter empregado. Atribuiu-se a ele o desemprego. Então o desemprego é algo voluntário.

Outro fator que merece um cuidado especial no estudo do desemprego é o aumento da população.

Em relatório divulgado em setembro de 1998, a ONU (Organização das Nações Unidas) alertou que, até o ano de 2010, o esforço econômico mundial precisará criar um bilhão de novas vagas para atender aos desempregados e aos novos operários que chegarão ao mercado brasileiro – que, entre 1997 e 1998, se expandiu a uma taxa de 2,2%, com ingresso de 1,9 milhões de pessoas – receberá 22 milhões de pessoas, agravando, ainda mais, a questão do desemprego. Revelando pessimismo em relação a eficiência do esforço

econômico, a ONU considera este componente tão sério que, sem a redução das taxas de natalidade, não aponta nenhuma solução para o desemprego.²⁵

A chamada “revolução feminina” ou “feminista”, também é apresentada como exemplo da inclusão de um novo contingente de trabalhadores no mercado de trabalho, fazendo com que contribuísse para o barateamento da mão de obra humana. Estudos indicam que, em regra, o que hoje é recebido pelo marido e pela esposa somados não representa o que antes era recebido apenas pelo marido.²⁶ E por último, vale citar também o alongamento da vida profissional do trabalhador, com a permanência de pessoas com idade avançada no mercado de trabalho, que a cada dia se prolongará mais, considerando o flagelo dos valores que são pagos pela Previdência e que obriga o trabalhador aposentado a continuar trabalhando (fazendo bicos). Há ainda, pelo próprio aumento da média de expectativa de vida.²⁷

Isolados esses principais elementos de “causa de desemprego”, tudo indica, na visão mercantilista liberal, que a tendência é caminhar naturalmente para o caos, a não ser que a economia se desenvolva em níveis consideráveis, resultando em altíssimos lucros. Nada poderá impedir que a situação do emprego no mundo piore ainda mais.

Da mesma forma que o conceito de empresa se modernizou, assim também ocorreu com o conceito de emprego, não podendo ser deixada de lado a necessidade de ser elaborado novo conceito para o desemprego. O

25 “Causas e efeitos do desemprego”. Disponível em: www.solidaristas.com.br/causa.htm. Acesso em: 10 fev.2005.

26 Não conhecemos um estudo científico capaz de provar o que foi aqui afirmado. O que existem são suposições em torno dessa afirmativa, que parece se comprovar se considerada a perda do poder de compra dos trabalhadores brasileiros.

27 Vale lembrar que o próprio IBGE aponta no Brasil um aumento no tempo médio de vida da população.

desempregado não é somente aquele que não mais está atrelado ao empregador. Pode ocorrer de ter perdido o seu vínculo de emprego e buscado uma outra atividade, como autônomo, por exemplo, sem conseguir com essa nova atividade produzir o necessário para o seu sustento.

E' o chamado "empresário sem lucro".

O sujeito então procura um negócio que esteja na moda, de vídeo clubes a restaurantes por quilo, passando por *pet shops*, lojas de R\$1,99 e toda uma série de empreendimentos dos quais ele não entende nada, mas se lança com um misto de desespero e entusiasmo. Seu capital costuma ser seu FGTS ou um empréstimo levantado junto a algum parente. Outros procuram "invadir" áreas tradicionais como os serviços de táxis, peruas e até ônibus. Os mais humildes tentam a sorte em serviços de encanador, eletricista, etc. O efeito é sempre o mesmo: Divisão brutal de um mercado estagnado entre um número absurdo de participantes. Os recém chegados nunca chegam a ter lucro e os antigos vêem seu mercado minguar e sua renda diminuir. Mas ninguém é considerado como desempregado.²⁸

Parece que a primeira condicionante para combater o desemprego é entender o desemprego, por meio de um conceito genérico que não englobe apenas aquele que perdeu o emprego, mas também para o empresário que não consegue mais sobreviver no mercado que antes lhe rendia lucros.²⁹

Outra questão de não menos importância é não se apropriar do conceito de desemprego como simplesmente estrutural. Caso não mudem os

28 MONTECLARO. Lauro. Desemprego estrutural e desemprego disfarçado. Disponível em: www.midiaindependente.org. Acesso em: 10 fev. 2005.

29 Vem novamente à discussão a forma como as empresas se relacionam, o chamado ambiente econômico.

parâmetros atualmente apresentados, de que o desemprego é puramente estrutural e que devia acontecer mesmo, não se compreenderá o fenômeno do desemprego enquanto alicerçado principalmente em uma nefasta concentração de rendas, que retirou do mercado o poder de consumo.

Cai assim por terra a máxima de que a qualificação do trabalhador proporcionará a queda do desemprego, porque os postos de trabalho que exigem qualificação são poucos e a cada vez se reduzirão mais. Os postos de trabalho criados em quantidade maior não exigem pessoas qualificadas. Serão ao contrário, preenchidos por não-qualificados recebendo valores baixos, por serem preenchidos por pessoas que estarão fazendo aqueles serviços não realizáveis ainda pela informatização ou pela robótica, como última alternativa para a manutenção das suas vidas.

Com essa explicação, outra afirmação simplista também cai por terra, a “flexibilização da legislação trabalhista” como fator de geração de empregos. É indiscutível a necessidade de adaptar a legislação. Só que essa adaptação deve vir ao encontro dos anseios sociais, de forma a proteger ainda mais o homem das forças infinitamente maiores exercidas pelo capital sobre o trabalho que agora passa por uma forma silenciosa, por causa da reestruturação produtiva.

Conclui-se, então, que o sentido contrário ao que se tem apresentado na mídia é uma alternativa mais lógica. Ou seja, não é a “flexibilização” no sentido de facilitar que irá proteger o emprego. A proteção social ao trabalhador deve ser preservada frente às condições indignas de trabalho produzidas e aprofundadas cada vez mais.

Como construir essa proteção? Com normas de ordem pública imperativa no modelo do Estado corporativista? Ou, com efetiva participação social? Caso seja essa última, como levar o trabalhador alienado para a efetiva participação?

A CONDUTA DO HOMEM FRENTE À DESVALORIZAÇÃO
DO TRABALHO, FLEXIBILIZAÇÃO E O ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Cristophe Dejours escreveu sobre a banalização do trabalho nos tempos modernos e ao mesmo tempo tratou sobre a chamada “racionalização estratégica”, que demonstra de certa maneira os procedimentos de organização empresarial que estão ocorrendo e os seus reflexos no comportamento do homem no trabalho.

Segundo o autor:

Também entre os operários, vimos que a ameaça de demissões individuais, por vezes associada à ameaça de falência da empresa, permite obter deles mais trabalho e melhor desempenho, quando não sacrifícios, sob pretexto de que é preciso fazer, individual e coletivamente, um “esforço extra”. “Se vencermos essa etapa difícil, poderemos tornar a fazer contratações” - eis o argumento reiteradamente utilizado na fábrica de automóveis de que falamos antes. Operário e gerentes aceitam trabalhar ainda mais. Logo em seguida, porém, aproveita-se esse novo desempenho para transformá-lo em norma e justificar um novo enxugamento de pessoal. Além disso, a ameaça recrudescer e não traz a segurança tão desejada com relação ao emprego. Assim tem sido quando se intensifica o ritmo de trabalho, desde que passou a vigorar o sistema fordiano. Todos o sabem, todos o temem e, no entanto, todos consentem.³⁰

30 DEJOURS, Christophe. **A banalização da injustiça social**. Trad. Luiz Alberto Monjardim, 3. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2000, p. 74.

É como se o medo do desemprego, que acaba assolando a vida dos trabalhadores que ainda mantêm seus empregos fosse suficiente na medida em que leva a um senso moral voltado a preservar o emprego puro e simplesmente, colaborando assim para a perda de direitos historicamente conquistados ou na aceitação de negociações, que ainda que assumindo a forma coletiva, com processos chamados de flexibilização, desconstituem proteções e garantias até então tidas como sociais e ou fundamentais, dando lugar para a chamada “justa austeridade” que se trata de uma racionalidade que se demonstra quase perfeita, com uma rigidez na conduta dos trabalhos, desembocará por muitas vezes em doenças profissionais, neuroses, sofrimento do trabalhador, porque de que o “espírito operário” estará preso à conservação do emprego.

Ainda sobre o comportamento das vítimas da racionalização do trabalho, Dejours afirma:

Mas o “trabalho sujo” tem também outras conseqüências: as demissões em massa levam essencialmente à precarização do emprego, mas nem sempre à sua extinção. Não se fazem mais contratações, porém recorre-se aos serviços de firmas que empregam trabalhadores temporários, trabalhadores estrangeiros em situação ilegal, trabalhadores com saúde precária, trabalhadores sem a devida qualificação, trabalhadores que não falam francês etc. Vêem-se, por toda parte, práticas que lembram o tráfico de escravos, seja na construção civil, seja na manutenção de usinas nucleares e químicas, seja nas firmas de limpeza: a terceirização em cascata leva por vezes à constituição de uma “reserva” de trabalhadores condenados à precariedade constante, à sub-remuneração e a uma flexibilidade alucinante de

emprego, o que os obriga a correr de uma empresa para outra, de um canteiro de obras para outro, instalando-se em locais provisórios, em acampamentos nas imediações da empresa, em trailers etc. Por estarem sempre se deslocando de um extremo ao outro do país, às vezes por toda a Europa, certos trabalhadores não podem mais voltar para a casa e não têm mais períodos de folga, nem férias, nem limitações dos horários de trabalho (...) até que uma estafa, uma doença ou um acidente os impossibilite de todo de obter um emprego. Alguns deles tentam adaptar-se levando consigo toda a família num trailer. A maioria enfrenta crises familiares que provocam o rompimento ou o divórcio. Essa vida, que lembra a dos operários do século XIX, conduz inevitavelmente a práticas de sociabilidade fora das normas: recurso ao álcool e sobretudo às drogas, que mitigam provisoriamente o desespero e o infortúnio. A prostituição vem inevitavelmente acompanhar o desregramento dos costumes. A AIDS se propaga neste meio como em nenhum outro, e a AIDS amedronta, cinde as populações, introduz a desconfiança e a segregação, a “guetização”, às portas mesmo da empresa.³¹

Fica evidente nas palavras do autor, apesar de analisar uma realidade europeia, o desmoronamento da vida criado por essa nova forma de ver o trabalho, quebra o cotidiano social, estabelece uma defensiva ideológica a qual contém o racionalismo econômico liberal, voltando àquela idéia de “darwinismo social” já apresentado neste trabalho, na qual somente com muito esforço e negação da segurança no emprego e

31Op. cit, p. 93.

obtenção de crescentes resultados práticos, serão produzidas as vitórias e o direito do trabalhador de manter-se no emprego.

Segundo a ideologia defensiva, o mundo do trabalho foi feito para os fortes, entendendo-se como fortes aqueles que não fogem ou enfrentam as dificuldades apresentadas no mundo do trabalho e produzem dentro de uma certa perspectiva racional. Os fracos são aqueles que se opõem contra esse tipo de trabalho, criam espírito de corpo entre os empregados, debatem as idéias, não primando assim pelo bem estar da empresa na sua luta concorrencial.

Enquanto comportamento pessoal, o trabalhador está se tornando mesquinho, individualista, contribuindo para a sua própria exploração, justificando esse comportamento pela própria lógica econômica, pela “evolução histórica liberal”, globalização da economia ou então a sobrevivência que está inserida na luta concorrencial entre as empresas e entre os trabalhadores dentro da mesma empresa. “A opção não mais seria entre a submissão ou a recusa, no plano individual ou coletivo, mas entre a sobrevivência ou o desastre”.³²

A forma de empresas-redes que vêm se constituindo está contribuindo sobremaneira para a redução da média salarial no setor e o crescimento do traço do individualismo, a partir do momento em que cada empregado passa a ser remunerado de acordo com o seu desempenho, assim como os setores que mais faturam no mercado nacional e internacional detêm as menores médias salariais mostra que pesquisa divulgada pela consultoria americana Hy Group.

Apesar dos maus indicadores referentes aos salários, a pesquisa também mostra que as redes estão utilizando políticas mais modernas de recursos humanos, remunerando o de-

32 Op. cit, p. 94.

sempenho. Em 2004, 85% das empresas consultadas disseram aplicar uma política de aumento salarial individual. Em 2003, esse percentual era de 58%.³³

Voltando à flexibilização, que faz parte da lógica do racionalismo empresarial, Oscar Ermida Uriarte analisa da seguinte forma os seus fundamentos:

Os fundamentos teóricos da proposta flexibilizadora são basicamente econômicos, de uma parte, e, de outra, tecnológico-produtivos, sem prejuízo da concorrência de outros fatores e de origem diversa que, de uma maneira diferente, direta ou indiretamente, vêm a fortalecer a referida demanda”.a) O principal fundamento teórico da flexibilização – e especialmente de sua extrema variante, a desregulamentação – assenta-se nos postulados da escola econômica neoliberal. **O receituário neoliberal em matéria de trabalho é muito preciso: individualização das relações de trabalho até o limite do politicamente possível** (destaca-se).³⁴

Para que esses ideários sejam alcançados, construindo-se um meio racional econômico (liberalismo), postula-se a não intervenção do Estado nas relações de trabalho, naquilo que é importante para estabelecer o meio de concorrência entre as empresas e entre os empregados. E a contradição, com a intervenção do Estado nas relações de trabalho quando for de interesse para que não se crie um movimento coletivo, por exemplo, uma

33 Comércio é o setor que paga os piores salários. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/economia/ultnot/valor/2005/02/18/ult1913u24543.jhtm>. Acesso em: 18 fev.2005.

34 URIARTE, Oscar Ermida. **A flexibilização**. São Paulo: LTr. 2002, p. 19.

legislação que limite o exercício do direito de greve ou meios de cadastramento de empregados que monitore toda a sua vida de trabalhador.

Continuando com Oscar Ermida Uriarte, o outro fundamento para a flexibilização é a questão tecnológico-produtiva. Segundo o autor:

(...) a revolução tecnológica teria possibilitado uma mudança nos sistemas produtivos e na organização do trabalho que requereriam uma adaptação da legislação trabalhista. Esse fundamento é muito mais sólido e sério que o anterior, embora também tenha seus limites, conforme exposto no item 2g, supra. A isso haveria de acrescentar que é essa mesma mudança tecnológica, que freqüentemente gera a substituição da mão-de-obra por tecnologia, que provoca o desemprego, e que, por outro lado, a flexibilidade jurídica reclamada deve observar o respeito pelos direitos fundamentais.³⁵

Retorna-se à questão já apresentada neste trabalho, que trata da tecnologia justificando as demissões e os novos arranjos empresariais, como se o desemprego fosse natural previsto ou então que deveria de fato acontecer, devendo sobreviver somente as empresas e os empregados fortes.

Mesmo que diante de toda essa situação, segundo Dinaura Godinho Pimentel Gomes:

O modelo de Estado Democrático de Direito é o mais compatível com a ciência do direito por possibilitar o debate, próprio de toda ciência, não se pode dissociar a ciência da política dos movimentos sociais. E' por isso que, nos países democráticos, é por meio do diálogo, da discussão e da negociação coletiva, que

35 Op. cit, p. 21-22.

vem se buscando, com menos dificuldades, manter as conquistas dos trabalhadores compatíveis com a sua dignidade. Diante dos efeitos nefastos da globalização da economia, que impõe o acirramento da concorrência, as empresas são submetidas a constantes processos de mudanças estruturais, tecnológicas, organizacionais e produtivas. Nesse cenário, é o diálogo e a postura ética dos protagonistas sociais que podem criar condições de se possibilitar a adaptação das garantias e direitos dos trabalhadores às novas exigências técnico-produtivas da empresa, no sentido de não só trazer solução aos conflitos coletivos, mas, principalmente, de afastar a hipótese de se impor a desregulamentação das condições de trabalho, a exemplo do que ocorreria na época da crise provocada pela primeira Revolução Industrial.³⁶

Ocorre, porém que para a criação do meio próprio no qual resplandecerá o Estado Democrático de Direito, é imperativo que se quebrem alguns dogmas do liberalismo novo ou da lógica racional empresarial. Primeiro, criar uma ideologia de oposição à ideologia neoliberal, invertendo o conceito sobre o que é um empregado forte e o que é um empregado fraco. O primeiro deve ser aquele que se opõe aos métodos nefastos de disputas dentro da empresa, produzidos pela própria organização empresarial. Em segundo, saindo do individualismo e fazendo crescer o coletivo, para propiciar uma representação forte que propicie formas de participação efetiva dos trabalhadores nos destinos empresariais. Em terceiro, combater a racionalidade empresarial imposta pela competição nefasta aos valores humanitários, construindo uma racionalidade humanística, na qual o princípio da dignidade

36 GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. A implementação da reforma sindical à luz da Constituição Federal e dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 12, p. 27, out.-dez. 2004.

humana, proclamado no artigo 1, III e no artigo 8 “caput” da Constituição Federal, possa efetivamente ser colocado em prática.

O que se quer defender neste trabalho não é a vinda efetiva do Estado Democrático de Direito de “cima para baixo” e sim a sua concretização, sua implantação a partir do meio social, das ações humanas no “chão de fábrica”, das ações agrupadas e identificadas no meio social, na forma mais simples e singela para que, a contar dessas ações, possa-se efetivamente criar um substrato possível de construir uma outra lógica, não mais a lógica racional do lucro pelo lucro e sim a lógica do bem estar, do convívio social, da redução da pobreza, da conquista por meio do trabalho, da busca da dignidade perdida para a racionalidade liberal, que trouxe como consequência mais devastadora, a coisificação do trabalhador.

Esse talvez seja o mais nobre desafio das novas relações de trabalho: produzir o relacionamento humanitário, o espírito comum em um outro patamar que não a simples luta de classes, a verdadeira socialização dos meios de produção, começando pela participação efetiva do trabalhador junto aos detentores dos meios de produção. O incremento de uma efetiva solidariedade social a partir do trabalho humano.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A concepção sobre o trabalho no novo contexto empresarial prioriza além do lucro, a perda de identidade e alienação do trabalhador do processo produtivo. Transforma o trabalhador, na medida em que ele deixa de ser criativo na produção da sua vida e se volta quase que unicamente, para o mundo empresarial destruidor da sua própria personalidade. As novas formas de prestação de serviço estão produzindo um novo ambiente empresarial, onde a mão-de-obra é cada vez mais desvalorizada, fazendo com que seja perdida a ligação entre um traba-

lhador e outro trabalhador, eliminando o espírito de solidariedade, ao mesmo tempo em que incentiva um individualismo sem limites.

A começar pelo novo modo de vida surgido no ambiente de trabalho, ocorre a sua reprodução nos ambientes sociais, fora do trabalho, produzindo reflexos diretos principalmente na estrutura familiar, pois os excessos na produção do trabalho tira, do trabalhador as possibilidades de participação efetiva no meio social.

O trabalho informal passa a cumprir um papel muito importante nesse novo ambiente, já que contribui ainda mais com a desvalorização da mão-de-obra. A informalidade, dentro de um processo globalizado transnacionaliza, porque os Estados não possuem sistemas de proteção social, exportam também a desvalorização da força de trabalho, que servem de refúgio para grandes empresas, atraídas pelas condições precárias do trabalho e pelo baixo custo da mão-de-obra nestas localidades.

O ingrediente fundamental para uma mudança é partir de uma visão humanista do trabalho. O trabalho deve ser concebido como o principal diferencial, a ordem econômica, cujo alicerce seja a sua valorização. Partindo dessa situação tem-se a mudança na concepção de empresa e de ambiente empresarial, constrói-se uma nova realidade, pautada na valorização do homem e conseqüentemente dos laços sociais que o cercam, sobrepõe-se o coletivo, reconstrói-se uma identidade e volta a ver o trabalhador, não mais coisificado, mas como ser humano.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Giovani. Desemprego estrutural e trabalho precário na era da globalização. Disponível em <http://www.economiabr.net/2003/10/01/desemprego.html>. Acesso em: 09.02.2005
- AMATO, J. O papel da pequena empresa no processo de reestruturação industrial: experiência internacional. In: **Revista Era**, v. 20, n. 4, p. 802-804, fev. 1990.

CARVALHO, Rogério Dardeau de. **A sociedade em negociação: inovações tecnológicas, trabalho e emprego**. Rio de Janeiro: Muad, 2001, p. 22.

DEDECCA, C.S.; BALTAR, P.E. de A. Mercado de trabalho e informalidade nos anos 90. In: **Estudos Econômicos**, vol 27, n. especial, p. 65-84, 1997.

DEJOURS, Christophe. **A banalização da injustiça social**. Trad. Luiz Alberto Monjardim, 3. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2000, p. 74.

DE MASI, Domenico (org). **A economia do ócio**. Rio de Janeiro: Ed. Contexto, 2001.

DOWBOR, Ladislau. O que aconteceu com o trabalho? Disponível em: <http://ppbr.com/ld/actrab.asp>. Acesso em: 23 set.2004.

FORBES, D. K. O emprego e o setor informal. In: **Uma visão crítica da geografia do subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p. 288 a 296.

GÉNÉREUX, Jacques. **O horror político: o horror não é econômico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997, p. 139.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. A implementação da reforma sindical à luz da Constituição Federal e dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 12, p. 27, out.-dez. 2004.

MARCOVITCH, J. **Interação da Instituição de Pesquisa Industrial com seu ambiente e suas implicações na eficácia organizacional**. São Paulo, 1977 (tese de livre docência) FEA/USP.

MONTECLARO. Lauro. Desemprego estrutural e desemprego disfarçado. Disponível em www.midiaindependente.org. Acesso em: 10 fev.2005.

NOGRIA, N.; ECCLES, R. **Networks and Organizations: structure, for and action**. Boston: Harvard Business School Press, 1992.

RIFKIN, Jeremy. **A era do acesso: a transição de mercados convencionais para networks e o nascimento de uma nova economia**. São Paulo: Madron Books, 2001.

SCHMITZ, H e NADVI, K. Clustering and industrialization: introduction. In: **Word Development**, v. 27, n. 9, p. 1503-1504, 1999.

SILVA, Machado da L. Trabalho informal: teoria, realidade e atualidade. In: **Tempo e presença**, ano 15, n. 269, p. 31-34, maio/jun., 1993.

URIARTE, Oscar Ermida. **A flexibilização**. São Paulo: LTR, 2002, p. 19.

A PROGRESSIVIDADE TEMPORAL DO IPTU NO ESTATUTO DA CIDADE: REFLEXOS NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Maria de Fátima RIBEIRO

A Lei nº 10.257/01 instituiu o Estatuto da Cidade, regulamentando os artigos 182 e 183 da Constituição Federal brasileira. Essa legislação estabelece normas que regulam o uso da propriedade urbana, visando a uma melhor execução da política urbana e à melhoria da segurança, do bem-estar das pessoas e do equilíbrio ambiental. Com o Estatuto, os municípios dispõem de um marco regulatório para a política urbana.

O inciso II do artigo 2º do referido Estatuto institui a gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.

O Estatuto da Cidade dá respaldo constitucional a uma nova maneira de realizar o planejamento urbano. Sua função é garantir o cumprimento da função social da cidade e da propriedade urbana. Isso significa o estabelecimento de normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos munícipes.

Depois de alguns anos de debates legislativos e ações políticas para atender tanto as expectativas dos contribuintes do IPTU, quanto as dos municípios, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 29 de 13 de setembro de 2000, que deu nova redação ao parágrafo primeiro do

artigo 156 da Constituição Federal. A referida Emenda possibilitou ao município tributar a propriedade predial e territorial urbana. Ele pode arrecadar conforme a capacidade contributiva de cada contribuinte e utilizar o IPTU de forma extrafiscal, face à ocupação e utilização do solo, previstas no Plano Diretor do Município.

O Estatuto da Cidade teve como objetivo atender o princípio constitucional pelo qual a propriedade privada deve atender a sua função social, gerando obrigações de direito real e obrigacional entre as partes envolvidas. Com a nova lei, foram criados os institutos: parcelamento, edificação ou utilização compulsórios; o IPTU progressivo; o direito de superfície; o direito de preferência; as operações urbanas consorciadas e o consórcio imobiliário.

PARCELAMENTO, EDIFICAÇÃO OU UTILIZAÇÃO COMPULSÓRIOS DO SOLO URBANO, DISPOSTOS NO ESTATUTO DA CIDADE

O Artigo 5º do Estatuto da Cidade dispõe:

Lei municipal específica para área incluída no Plano Diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para a implementação da referida obrigação.¹

1 O parágrafo segundo do referido artigo destaca que o proprietário será notificado pelo Poder Executivo municipal para o cumprimento da obrigação, devendo a notificação ser averbada no Cartório de Registro de Imóveis.

Tal dispositivo tem por finalidade coibir a utilização inadequada da propriedade urbana, fazendo com que o proprietário utilize o imóvel, de acordo com os princípios constitucionais que norteiam o direito de propriedade, previstos nos artigos 182 e 183 da Constituição Federal e no artigo 2º do Estatuto da Cidade.

Na Constituição Federal, no artigo 5º, são destacadas três referências diretas à propriedade: a inviolabilidade do direito a ela; garantia do direito de propriedade, entretanto aponta-se também, a função social da propriedade e a qualificação que toda propriedade atenderá sua função social. (art. 5º, caput, XXII e XXIII)

A função social vem destacada no § 2º do art. 182:

A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Esse dispositivo encontra-se no capítulo II da ordem econômica da Constituição Federal, no qual a propriedade urbana também é caracterizada pelos princípios gerais da atividade econômica. Nos incisos do art. 170, encontram-se disposições sobre a propriedade privada, a função social da propriedade e a defesa do meio ambiente.

Nesse sentido, a Constituição destaca em seu art. 174 que o planejamento é obrigatório para o Estado e indicativo para o setor privado. O art. 182 define que o instrumento de planejamento das cidades é o plano diretor que passa a ser o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana e que a cooperação das associações representativas no planejamento municipal, segundo art. 29, XII, é obrigatória.

O Estatuto da Cidade regulamenta dispositivos que procuram combater a especulação imobiliária nas cidades. A partir da vigência do

plano diretor do município, áreas consideradas não utilizadas ou subutilizadas, situadas em regiões dotadas de infra-estrutura estão sujeitas à edificação e parcelamento compulsórios (artigos 5º e 6º).

O município tem o poder de determinar os critérios para indicação das terras que considera ociosas ou subutilizadas e poderá estabelecer prazos e condições para induzir o aproveitamento dos terrenos pelos proprietários: no mínimo um ano para a entrada de um projeto no órgão competente, e dois anos a partir de sua aprovação para a efetiva edificação.

No caso do não-cumprimento dos prazos ou condições da edificação ou utilização compulsória, o Município poderá aplicar sobre esses terrenos o instrumento do IPTU progressivo no tempo (artigo 7º).

Tal instrumento consiste no aumento progressivo da alíquota de imposto sobre a propriedade predial e territorial, por até cinco anos consecutivos. A alíquota do IPTU poderá dobrar de ano a ano, podendo atingir um máximo de quinze por cento do valor venal do imóvel.

Se o proprietário ainda assim não realizar o aproveitamento do terreno, a cobrança poderá permanecer na alíquota máxima. Se após cinco anos de cobrança do IPTU progressivo o proprietário não tiver cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá desapropriar o imóvel pelo valor venal do IPTU, pagando ao proprietário com títulos da dívida pública (artigo 8º).

Esse conjunto de instrumentos – edificação compulsória, IPTU progressivo e desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública – pode representar – uma possibilidade de intervir efetivamente no crescimento da cidade, promovendo uma ocupação mais intensa nas áreas e, dessa maneira, reduzindo a pressão pela urbanização das áreas da cidade.

O ESTATUTO DA CIDADE E A PROGRESSIVIDADE DO IPTU: REFLEXOS NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Nos termos do artigo 156, parágrafo primeiro, com a redação original da Constituição Federal de 1988, o IPTU podia ser progressivo, nos termos de lei municipal, de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade. Com a redação da Emenda Constitucional nº 29/00, o parágrafo primeiro do artigo 156, passou a vigorar com a seguinte redação:

Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I, poderá: I – ser progressivo em razão do valor do imóvel; e II – Ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel.

A função social da propriedade já vem estatuída no artigo 5º da Constituição Federal ao destacar que a propriedade deverá atender os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.

A progressividade do IPTU está relacionada com o princípio da capacidade contributiva, porque grava com maior ônus aquele que detém maior riqueza, atribui personalidade ao foco tributante, levando em consideração além dos elementos de incidência também a condição econômica do contribuinte.²

Essa previsão constitucional genérica possibilita ao município a instituição de IPTU progressivo, em função da capacidade econômica do contribuinte, com a finalidade de aumentar a receita tributária,

2 Cf. A Nova Progressividade do IPTU na Emenda Constitucional nº 29/00, de Manolo Del Olmo, <http://www.direitonaweb.adv.br>. Acesso em: 13 jul. 2007.

dentro do salutar princípio da isonomia jurídica (artigos 5º e 150, II, da CF), no sentido de justiça tributária. Essa tributação progressiva só pode se ater à modalidade fundada no valor venal do imóvel, não sendo cabível às demais, pois somente o valor venal do imóvel espelha objetivamente, a capacidade contributiva, de seu proprietário que outra coisa não é senão o critério da valoração do princípio da isonomia, na afirmativa, Hugo de Brito Machado.³

Para aplicar os instrumentos urbanísticos previstos no Estatuto da Cidade, o Poder Executivo do município deverá obrigatoriamente ter o Plano Diretor, que deve ser aprovado pela Câmara Municipal. Trata-se do instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana (artigos 39 a 42).

O Plano Diretor é obrigatório para municípios com mais de 20 mil habitantes. Sua função principal é expressar os instrumentos por meio dos quais o município vai garantir o cumprimento da função social da cidade e da propriedade urbana além de garantir o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida e justiça social.

O Plano Diretor deverá contar necessariamente com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos econômicos e sociais, não apenas durante o processo de elaboração e votação, mas, sobretudo, na implementação e gestão das suas diretrizes. Assim, mais do que um documento técnico, o Plano é um espaço de debate dos cidadãos e de definição de opções, conscientes e negociadas, por uma estratégia de intervenção no território. O Plano Diretor precisa ser revisto periodicamente, acompanhar o desenvolvimento da cidade e considerar suas características e peculiaridades.

3 **Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988.** São Paulo: Ed. RT, 1989, p. 55-56.

Com o Plano Diretor os municípios desenvolverão suas competências de promover, no que couber, portanto, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

O Estatuto da Cidade dispõe de elementos que aperfeiçoam a compreensão dos planos diretores, embasados em princípios de justiça orçamentária, participação popular e regulador de institutos jurídicos como o solo criado, o direito de preempção, as operações urbanas, a transferência do direito de construir entre outros.

A finalidade do planejamento local é o adequado ordenamento do território municipal, com o objetivo de disciplinar o uso, o parcelamento e a ocupação do solo urbano (art. 30, VIII). Esse ordenamento é função do Plano Diretor, o qual a Constituição Federal elevou à condição de instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana (art. 182, § 1º).

Assim, o Plano Diretor constitui o instrumento pelo qual se efetiva o processo de planejamento urbanístico local. Demonstra ser um instrumento potencializador da demanda por proteção ambiental, uma vez que normatiza a atuação estatal junto com a comunidade na ordenação de um meio ambiente urbano equilibrado e saudável promovendo a qualidade de vida no meio ambiente urbano.

PROGRESSIVIDADE TEMPORAL DO IPTU

A progressividade dos tribunsais está relacionada com a justiça tributária e com a capacidade contributiva. Mizabel Derzi e Sacha Calmon Navarro Coelho ensinam que, por progressividade, entende-se “a majoração da alíquota à medida que cresce o valor da matéria tribu-

tável. Não é incompatível com o princípio da igualdade e da proporcionalidade”.⁴

Com a progressividade realiza-se o princípio da justiça fiscal, na medida em que o tributo é maior para quem dispõe de maior parcela da renda. Os impostos, assim, devem atender o princípio da capacidade contributiva (art. 145, parágrafo primeiro da Constituição Federal). A progressividade no IPTU, além do atendimento ao princípio da capacidade contributiva, assegura o cumprimento da função social da propriedade.

Com a modificação do texto constitucional (Emenda Constitucional nº 29/00), fica facultado ao município a instituição do IPTU progressivo em razão do valor do imóvel, além de poder fixar alíquotas diferenciadas em razão da localização do imóvel.

O sistema jurídico brasileiro dispõe de uma forma especial de progressividade, que é a progressividade no tempo, prevista no art. 182 da Constituição Federal. Tal progressividade tem por finalidade desestimular os proprietários de imóveis de os manterem contrariando os planos de urbanização das cidades. Esta progressividade não é um instrumento de justiça tributária. Trata-se de instrumento da política urbana.

O Artigo 182 em seu parágrafo 4º - inciso II da Constituição Federal dispõe que a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, têm por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Dessa forma, fica facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado,

⁴ **Imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana.** São Paulo: Saraiva, 1982, p. 68.

subutilizado ou não utilizado, que promova o seu adequado aproveitamento, sob pena de sucessivamente ser provocar o parcelamento ou edificação compulsória, da instituição do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo bem como da desapropriação com pagamentos de títulos da dívida pública, nas condições no referido artigo.

Roque Carrazza destaca que, a respeito do IPTU, há uma questão pouco estudada, informando que nada impede que suas alíquotas aumentem progressivamente, à medida que o proprietário do imóvel urbano for perseverando em seu mau aproveitamento. Trata-se da progressividade no tempo, que não tem nada a ver com a progressividade fiscal, nem com a progressividade extrafiscal.⁵

Tal aumento pode redundar até na perda da propriedade. Tal situação deve ter embasamento em lei. Para a progressividade no tempo se fazia necessária a instituição de lei federal. Daí, a partir de julho de 2001, o Estatuto da Cidade veio a colmatar esta lacuna legislativa (Lei nº 10.257).

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE O IPTU

A teoria da função social da propriedade não tem mais a conotação do direito de propriedade com moldes romanos, absoluto, o que se percebe com o argumento do poder outorgado para seu exercício e utilização social, considerado como uma função não individual, e sim social.

O direito de propriedade que era absoluto, exclusivo e perpétuo, sofreu relativização em virtude da função social da propriedade inseri-

⁵ CARRAZZA, Roque Antonio. IPTU: ainda a questão da progressividade. Disponível em: www.damasio.com.br, junho de 1997. Acesso em: 30 jul. 2007.

da na Constituição Federal de 1988⁶. Salienta o professor José Afonso da Silva que o direito da propriedade e sua função social devem ser estudados a partir dos princípios da ordem econômica.⁷

Efetivamente, afirma-se que o proprietário tem o dever de exercer o direito de propriedade de acordo com os interesses da coletividade, cabendo-lhe apenas direcionar-lhe o exercício acordo as orientações da política social do município.

Sob o ponto de vista moderno, a função social da propriedade é tida como fórmula de conciliação do individual e do social, constituindo elemento inerente ao direito de propriedade.

Portanto, esse poder não é uma faculdade e sim um instrumento para realização da obrigação que lhe é imposta.

De acordo com essa concepção, o direito de usar, gozar, dispor e reivindicar a propriedade, assim como os direitos concedidos ao proprietário, objetivam fornecer ao proprietário instrumentos para cumprir a função social.

Hugo de Brito Machado, ao discorrer sobre a progressividade do IPTU, ressalta que, do ponto de vista da política urbana, pode-se entender que a propriedade cumpre sua função social quando atender às exigências fundamentais da urbanização que estejam expressas no Plano Diretor. Isso, no entanto, segundo o tributarista, não significa que não existam outras formas pelas quais a propriedade também tenha que cumprir sua função social, até porque a propriedade há que

6 NEVES, Luis Fernando de Souza. Apontamentos sobre o ITR e sua Progressividade. In: **Curso de Especialização em Direito Tributário**. Estudos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 1104.

7 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 256.

ser encarada como riqueza que é, e não apenas como elemento a ser tratado pelas normas de política urbana.^{8 9}

Nessa mesma trilha José Souto Maior Borges destaca que a função social não é a de um atributo ou apêndice, que possa vir ou não a se agregar ao domínio. A Constituição Federal não prevê alternativas para o exercício do direito de propriedade: com ou sem função social. Propriedade só com função social. A propriedade deverá, portanto exercer – sempre – função social. Dito noutros termos: nenhuma propriedade sem função social pode existir.¹⁰

Os ensinamentos de Marco Aurélio Greco asseveram que a Constituição de 1988 é pródiga em dispositivos que se referem à propriedade e à sua função social. No próprio art. 5º que consagra os direitos e garantias individuais, encontra-se o inc. XXII que garante o direito, enquanto o inc. XXIII prevê que a propriedade atenderá a sua função social. A referência à função social, surge ainda, no art. 156, parágrafo 1º, no art. 170, no art. 182, no art. 184 da mesma Carta Política.¹¹

E esclarece ainda que, examinando os vários dispositivos, o primeiro comentário a fazer é o de que a palavra “propriedade” é utilizada em dois sentidos absolutamente distintos. Numa primeira acepção, propriedade quer dizer vínculo existente entre o homem e um certo bem, que lhe permite uma série de condutas perante o objeto ou ter-

8 MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 408.

9 A necessidade de que a propriedade cumpra sua função social, de há muito defendida por parte da doutrina, ganhou, no Brasil, *status* constitucional com a carta de 1934, mediante a qual Getúlio Vargas implantou Estado Novo.

10 BORGES, José Souto Maior. IPTU: progressividade. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n. 59, 1994, p. 77.

11 GRECO, Marco Aurélio. IPTU- Progressividade – Função Social da Propriedade. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n.º 52, p. 113.

ceiros. Propriedade, nesse sentido, se assemelha à noção de direito de propriedade, como estabelece o art. 5º, XXII. A segunda posição sobre a expressão “propriedade” é a do próprio bem que vem a ser objeto de certas condutas humanas.¹²

O que possui uma função social é, sem dúvida, a propriedade enquanto bem imóvel, sem prejuízo das demais formas de propriedade. A Constituição Federal indica que esses objetos devem ser direcionados num certo sentido. Preocupa-se, então, o art. 156, parágrafo 1º, em indicar uma diretriz a ser atendida no uso concreto a que será submetido o bem, dentro das diversas condutas permitidas. A Constituição, nesse dispositivo, está prestigiando certos efeitos decorrentes da conduta concreta que poderá reportar-se ao bem, considerando os efeitos que melhor inserirem o imóvel no contexto social em que se encontra, cumprindo, dessa forma, a sua função social.

Isso ocorre, porque a função social de um bem não é algo abstrato e hipoteticamente aferível, nem está sujeito a padrões indeterminados e genéricos, mas, ao revés, só é perceptível no caso concreto, em razão das peculiaridades de cada situação, variando, portanto, de local para local.¹³

No caso da progressividade do IPTU, a situação foi alterada pela Emenda Constitucional nº 29/00. Preceitua a Constituição que a propriedade deve cumprir sua função social.

O fim social da propriedade é estatuído diversas vezes na Constituição Federal,¹⁴ tutelando o direito de propriedade, com as demonstrações do interesse coletivo de planejamento urbano, atingindo o respectivo fim social.

12 Op. cit, p. 113.

13 Id. Ibidem.

14 Destaca por meio das diretrizes urbanísticas, com disposições sobre a propriedade nos artigos 5º, incisos XXII, XXIII, XIV e 170, II e II da Constituição Federal.

A Emenda Constitucional nº 29/00 exclui a condição de progressividade condicionada ao estrito cumprimento da função social da propriedade privada. Com a referida emenda, o IPTU poderá ter um caráter de progressividade fiscal, deixando de prevalecer a exigência de que o IPTU poderia ser progressivo, somente para atender a função social da propriedade privada. Assim, o município, por força desta Emenda e de lei municipal específica, poderá fixar alíquotas progressivas na medida do valor dos imóveis. É possível, ainda, estabelecer alíquotas diferenciadas em razão da localização do imóvel e do seu uso, podendo, assim, estimular ou desestimular a ocupação de uma ou outra área da cidade.¹⁵

Dessa forma, as alterações procedidas no artigo 156 da Carta Magna possibilitaram a efetivação do princípio constitucional da função social da propriedade privada, estatuída no artigo 5º e no 182, parágrafo segundo.

A progressividade do IPTU prevista no § 4º. do art. 182, é a progressividade específica para ordenamento das funções sociais da cidade, só podendo ser exercitada por meio da modalidade ali prevista: a progressividade no tempo. Já aquela referida no § 1º do art. 156 é a progressividade genérica que pode ser exercitada em qualquer das

15 Manolo Del Olmo, ao escrever sobre os efeitos da alteração promovida pela EC 29/2000 em razão da localização do imóvel destaca que “não se trata progressividade e sim de diferenciação de alíquota. Segundo esta diferenciação o Município pode estimular a ocupação de uma dada área ou desestimular a ocupação de outra, dando cumprimento ao disposto no plano diretor, utilizando-se do IPTU para tanto, atribuindo alíquotas elevadas nas áreas em que não quer ocupação e alíquotas reduzidas nas áreas que pretende ver ocupadas. Já no que tange ao uso do imóvel ressalta que o Município poder instituir alíquotas diferentes para, novamente, estimular ou desestimular algum uso imobiliário em especial. Assim, exemplificando, se o uso de um imóvel para boate é indesejado, porém tolerado pelo plano diretor numa dada zona urbana, o município poderá instituir uma alíquota maior para este uso, do que institui para o uso residencial naquela mesma área”. A Progressividade fiscal do IPTU, In: **IPTU – Aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2002, p. 411.

modalidades nela contidas, para assegurar o cumprimento da função social da propriedade, bem como para regular qualquer matéria que se insira no âmbito das atribuições do Município, como já era pacífico na doutrina e na jurisprudência.

Positivamente, não há como condicionar o exercício da extrafiscalidade genérica (§ 1º. do art. 156) ao exercício da extrafiscalidade específica (§ 4º. do art. 182).¹⁶

Além do aspecto da progressividade no tempo, merece destaque, também, rápida abordagem sobre a extrafiscalidade do tributo.

A extrafiscalidade consiste na utilização do tributo como instrumento de política financeira, ressaltada por José Acúrcio Cavaleiro de Macedo, como uma forma de controle da conjuntura econômica:

Sem a intensa utilização extrafiscal das medidas financeiras, despojar-se-iam de eficácia as funções contemporâneas do Estado, que oferecem o triplice aspecto compensativo, corretório e estabilizador, escopo somente conseguível pelo abandono do dogma da neutralidade. São, portanto, as finanças extrafiscais um dos aspectos de maior relevo e expressão do intervencionismo estatal..¹⁷

Destaca também que:

(...) as Finanças neutras converteram-se em Finanças funcionais, e os fins puramente fiscais que inspiravam o manejo do instrumental financeiro nas Finanças tradicionais foram

16 HARADA, Kyoshi. **Sistema tributário na Constituição de 1988**. Tributação Progressiva. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 233-234.

17 **Aspectos extrafiscais das finanças modernas**, 1959 (Tese para Concurso à Cátedra).

sobrepujados pelas finalidades extrafiscais, cujo domínio se impôs preponderantemente. Converteram-se, assim, os impostos, as despesas, o crédito, o orçamento, em instrumentos maleáveis e flexíveis nas mãos do governante, em atinência estreita aos objetivos por este perseguidos. A distribuição dos impostos veio a guardar postulados de solidariedade e de justiça social.¹⁸

O autor arremata que o elemento *solidariedade social* tornou-se imperativo e dominador, a justificar o poder de exação do Estado, expoente superior dessa solidariedade, do mesmo passo em que fundamenta solidamente a noção de capacidade contributiva e legitima a progressividade. Essa, em suas formas mais atrevidas e rudes, fez-se rotina na legislação dos povos civilizados.¹⁹

A respeito desse assunto, afirma Roque Antonio Carrazza que a extrafiscalidade é o emprego de instrumentos tributários para fins não-fiscais, mas ordinatórios, isto é, para condicionar comportamentos de virtuais contribuintes, e não, propriamente, para abastecer de dinheiro os cofres públicos.²⁰

Em decorrência das normas constitucionais dos artigos 145, § 1º, 156 § 1º e 182 §§ 2º e 4º, da Constituição Federal, o IPTU somente admite a extrafiscalidade, contudo, para garantir o cumprimento da função social da propriedade urbana, conforme definida no art. 182, §

18 Op. cit.

19 Id. Ibidem.

20 CARRAZZA, Roque Antonio, **Curso de Direito Constitucional Tributário**, 11 ed., São Paulo: Malheiros, 1.998, p. 475.

2º da Constituição Federal, e desde que observados os requisitos do § 4º desse mesmo artigo.²¹

21 Jurisprudência sobre a progressividade do IPTU:

IPTU. PROGRESSIVIDADE. No sistema tributário nacional é o IPTU inequivocamente um imposto real. Sob o império da atual Constituição, não é admitida a progressividade fiscal do IPTU, quer com base exclusivamente no seu art. 145 § 1º, porque este imposto tem caráter real que é incompatível com a progressividade decorrente da capacidade econômica do contribuinte, quer com arrimo na conjugação desse dispositivo constitucional (genérico) com o art. 156 § 1º (específico). A interpretação sistemática da Constituição leva inequivocamente à conclusão de que o IPTU com finalidade extrafiscal a que alude o inciso II do § 4º do art. 182 é a explicação especificada, inclusive com limitação temporal, do IPTU com finalidade extrafiscal aludido no art. 156, § 1º. Portanto, é inconstitucional qualquer progressividade em se tratando de IPTU, que não atenda exclusivamente ao disposto no art. 156 § 1º, aplicado com as limitações expressamente constantes dos §§ 2º e 4º do art. 182, ambos da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido, declarando-se inconstitucional o subitem 2.2.3 do setor II da tabela III da Lei 5.461, de 22.12.89, do Município de Belo Horizonte. Como imposto de natureza real que é, incidindo sobre a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel localizado na zona urbana do Município (CTN art. 32), o IPTU não pode variar em razão da presumível capacidade contributiva do sujeito passivo (proprietário, titular do domínio útil ou possuidor); a única progressividade admitida pela CF/88 em relação ao mencionado tributo é a extrafiscal, destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana, nos termos dos arts. 156 § 1º e 182 § 4º, II, da CF. Com base nesse entendimento, o tribunal, por maioria de votos, declarou a inconstitucionalidade de norma legal do Município de Belo Horizonte, que estabelecia a progressividade de alíquotas do IPTU (Lei 5.461/89), segundo o valor e a localização do imóvel. (Ac. Do Pleno do STF, RE n.153771/MG, Rel. Min. Moreira Alves, j. 20.11.96, Informativo STF n. 54, apud A Constituição na Visão dos Tribunais, p.1.144- 1.145)

87957- IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO- PROGRESSIVIDADE DAS ALÍQUOTAS. A única hipótese constitucional de progressividade das alíquotas de IPTU é a extrafiscal, destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade. Jurisprudência predominante do Plenário. Recurso conhecido e provido. (STF- Ac. unân. da 2ª T., publ. em 19.02.99- RE 203892-0-SP- Rel. Min. Nelson Jobim- Luiz Álvaro Augusto Pinto X Município de São Paulo- Adv. Luiz Henrique Teixeira Cotrim e Alessandra Gomes do Nascimento Silva) in Boletim Informativo Semanal de Jurisprudência ADV/COAD no 24/99, p.369.

EMENTA: IPTU. Progressividade. Inconstitucionalidade. Esta Corte, ao finalizar o julgamento do RE 153.771, firmou o entendimento de que a progressividade do IPTU, que é imposto de natureza real em que não se pode levar em consideração a capacidade econômica do contribuinte, só é admissível, em face da Constituição, para o fim extrafiscal de assegurar o cumprimento da função social da propriedade (que vem definida no art. 182 § 2º da Carta Magna), obedecidos os requisitos previstos no

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, tratando do art. 156 da Constituição Federal de 1.988, leciona:

Este dispositivo tem que ser interpretado em consonância com o art. 182, § 4º, II, ou seja, a progressividade aqui prevista só pode ser a progressividade no tempo. Não pode ser exigida senão de área incluída no Plano Diretor do Município por lei específica, nos termos condicionados por lei federal. Somente poderá ser aplicada com o fito de levar o proprietário de solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, a dar a esse imóvel o seu adequado aproveitamento, segundo o plano referido. E não poderá ser adotada antes de ter sido infrutífera a determinação de parcelamento ou edificação compulsórios.²²

Com a Emenda Constitucional 29/00, abriu-se novamente a discussão sobre a progressividade das alíquotas em função do valor venal do imóvel. Entendia boa parte da doutrina e da jurisprudência

§ 4º desse artigo 182. Por outro lado, também o Plenário deste Tribunal, ao julgar o RE 194.036, entendeu inconstitucional a progressividade do IPTU como estabelecida na Lei 6.747, de 21.12.90, do Município de Santo André (SP), ou seja, mediante a concessão de isenções parciais sobre a alíquota desse imposto sobre o valor venal do terreno e o da edificação, conforme os critérios que fixa. Recurso extraordinário conhecido e provido, declarando-se a inconstitucionalidade dos artigos 2º, 3º e 4º da lei 6.747, de 21 de dezembro de 1.990, do Município de Santo André (SP). (RE-204666/SP, Relator Ministro Moreira Alves, Publicação DJ data 17.04.98, p. 00018, EMENT. VOL. 01906-05 p. 01092).

22 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição, vol. 3, *apud* **A Constituição na visão dos tribunais**, TRF 1ª Região - Gabinete da Revista, Ed. Saraiva, p. 1147.

que a progressividade autorizada pelas normas constitucionais é a progressividade no tempo.²³

Assim, afirmam que não há na Constituição dois tipos de progressividade do IPTU. Há apenas a que sirva para assegurar a função

23 EMENTA: Recurso extraordinário. IPTU. Progressividade. Ao julgar o RE 204.827, o Plenário desta Corte declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 7º e seus incisos I e II da Lei Municipal 6.989/66, com a redação dada pela Lei 10.921/90, do Município de São Paulo, por instituir alíquotas progressivas alusivas ao IPTU, em razão do valor do imóvel, com ofensa ao art. 182, § 4º, II, da Constituição Federal, que limita a faculdade contida no art. 156, § 1º, à observância do disposto em lei federal e à utilização do fator tempo para a graduação do tributo. No tocante a índice de correção monetária, configura-se ofensa indireta à Constituição, o que não dá margem ao cabimento do recurso extraordinário. Recurso extraordinário conhecido em parte e nela provido (RE 220932/SP, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma do STF, Rectes: Brenno Dias Baptista e outros e Recdo: Município de São Paulo) 88471 - IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO – PROGRESSIVIDADE. O artigo 156 da CF, que versa sobre os impostos dos Municípios, está vinculado ao artigo 182, inserido no capítulo constitucional da política urbana, e restringe o caráter progressivo do IPTU à garantia do cumprimento da função social da propriedade, sendo inadmissível a progressividade com base na capacidade econômica do contribuinte. A faculdade deferida ao Poder Público Municipal para exigir o imposto progressivo sobre a propriedade territorial urbana depende de: a) lei específica, municipal, para área incluída no plano diretor; b) conseqüentemente, plano diretor; c) lei federal em cujos termos esteja a exigência tributária; e d) exigência anterior de parcelamento ou edificação compulsórios, tendo em vista o caráter sucessivo do imposto progressivo, relativamente àquelas providências. O § 4º do artigo 182 da Constituição permite ao Poder Público Municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena de vir a pagar imposto progressivo. A alíquota progressiva do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, prevista no item II do § 4º do artigo 182 da Lei Maior, se aplicará sucessivamente às exigências previstas no item I: parcelamento ou edificação compulsórios. A progressividade no tempo é condicionada à existência de lei federal que disponha sobre o assunto. O comando constitucional não é dirigido, diretamente, ao Poder Público ou ao Legislador do Município, mas o é, indiretamente, por via de lei federal, que será necessária para se destinarem ao solo não edificado as exigências e as penalidades constitucionais (TJ-MG-Ac. Unân. da 4ª Câmara, de 11.02.99-Ap. 134.931/5-Rel. Des. Almeida Melo- Fazenda Pública X Construtora Tratex S/A) in Boletim Informativo Semanal de Jurisprudência ADV/COAD no. 30/99, p. 465

social do imóvel, nas hipóteses, por meio do regime e dos instrumentos consagrados no art. 182 da Constituição Federal.²⁴

CARÁTER EXTRAFISCAL DA PROGRESSIVIDADE

A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público Municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Dispõe o § 4º do artigo 182 da Constituição Federal que é facultado ao Poder Público Municipal mediante lei específica para a área incluída no plano diretor, exigir nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, instituir o Imposto sobre a progressividade predial e territorial urbana progressiva no tempo.

Por força deste dispositivo constitucional, o Município, por meio de lei própria, deverá instituir o plano diretor, regulando a função social da propriedade.

24 Segue o voto do Min. MOREIRA ALVES, Relator do primeiro processo que tratou do assunto, e cujo pensamento vem sendo seguido, até hoje, no sentido de que o IPTU é um imposto real. Diz o Autor: “Discordamos, data venia, da fundamentação de nossa Corte Suprema. Com efeito, não é por ser um imposto de natureza real que não se aplica o princípio da capacidade contributiva ao IPTU. Aliás, a própria classificação dos impostos em pessoais e reais é falha pois, sendo a obrigação tributária uma relação jurídica, é de sua essência que haja um sujeito passivo, um sujeito ativo, um objeto e um vínculo de atributividade. Ora, sujeito passivo da obrigação tributária sempre será a pessoa – física ou jurídica –, jamais o objeto. Os impostos, portanto, sempre terão natureza pessoal.” (CARLOS OCTAVIANO DE MEDEIROS MANGUEIRA, IPTU : Capacidade Contributiva, Progressividade, Função Social da Propriedade e Vedação ao Confisco. A Visão do STF, data venia, artigos, novembro de 1999 – Disponível em: <http://www.datavenia.inf.br/artigos/octaviano.html>)

Com esse mecanismo o constituinte delineou a função social da propriedade, atendendo o plano diretor local, e propiciou a tributação progressiva, de natureza meramente extrafiscal.

A progressividade extrafiscal do IPTU garante o atendimento da função social da propriedade, porque os interesses da sociedade se sobrepõem a interesses individuais, exigindo do proprietário a adequação do imóvel urbano ao plano diretor. Podendo, por isso, a alíquota do IPTU ser elevada para melhorar o aproveitamento do terreno ou edificação.

O art. 156, I ressalta que compete aos Municípios a instituição de impostos sobre a propriedade predial e territorial urbana. O § 1º do mencionado artigo, por sua vez, salienta que o imposto previsto no inciso I poderá ser progressivo, nos termos de lei municipal, a fim de assegurar o cumprimento da função social da propriedade.

Tal dispositivo demonstra que a hipótese de incidência do IPTU é a propriedade de imóvel urbano. Ressalvando o direito de propriedade e da vedação do confisco, ambos direitos assegurados pela Constituição Federal, existe a condicionante voltada para o atendimento da função social da propriedade.

Cabe aqui ressaltar que não obstante estar assegurado o direito de propriedade, essa cerceará o proprietário na sua limitação de uso, a fim de adequá-la aos contornos de que a sociedade necessita, submetendo-se aos interesses sociais. Assim, a função social da propriedade é regulada pela aprovação do Plano Diretor do Município.

Kiyoshi Harada adverte que cabe à lei municipal dizer quando, onde e como a propriedade urbana cumpre a sua função social, cujo conceito pode variar de um município para outro. A progressividade pode ser utilizada em quaisquer de suas modalidades, desde que vise ao cumprimento da função social da propriedade urbana, segundo as prescrições da lei municipal. Ressalta, ainda, que dentro do períme-

tro urbano de um único município, às vezes, um determinado imóvel pode ser considerado subutilizado, ou não, dependendo da zona de uso em que se situe.²⁵

Com peculiar propriedade, Ruy Barbosa Nogueira destaca que o Estado pode, em benefício da coletividade, regular a atividade econômica fazendo uso de seu poder de polícia para limitar o exercício das liberdades pelos particulares. Tal poder pode ser exercido, também, por meio da tributação, produzindo efeitos diversos, como fomentar uma determinada atividade ou restringi-la, e até mesmo impedi-la, se ilícita. Por outro lado, o Estado também pode, em razão de seu poder de império, interferir nas relações econômicas cobrando tributos das pessoas que a ele se submetem, como forma de obter os recursos necessários ao desenvolvimento normal de suas atribuições.²⁶

Aurélia Sampere Scarciuffolo assegura que o imposto em sua função extrafiscal vem sendo objeto de estudo desde o começo do século 20, acompanhando seus estudiosos as transformações por que vêm passando os sistemas políticos. Há, segundo a autora, uma crescente e constante intervenção do poder público em quase todos os setores da atividade dos particulares, principalmente na esfera econômica. O Estado utiliza-se dos impostos não apenas para cobertura de suas despesas de administração, mas também com finalidades de intervir na vida social, de exercer pressão sobre os cidadãos para orientar e organizar o desenvolvimento que pretende.²⁷

25 ARADA, Kyioshi. A progressividade do IPTU. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, v. 1, n. 2, jan./mar. 1993, p. 119.

26 NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de Direito Tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 181-2.

27 SCARCIOFFOLO, Aurélia Sampere. Imposto predial e territorial urbano. **Revista de Direito Tributário**, v. 51, p. 222.

Ao prever o uso da progressividade, a Constituição Federal de 1988 inovou, no tocante ao IPTU, em duas situações:

a) em respeito ao princípio da capacidade contributiva, insculpido no art. 145, parágrafo 1º, da Constituição e aplicável, sempre que possível, aos impostos;

b) em relação à eficácia do princípio da função social da propriedade, conforme determina o parágrafo 1º do art. 156, além do art. 182, parágrafo 4º.²⁸

Assim, a progressividade do IPTU é um instrumento constitucional da função social da propriedade imobiliária urbana. Isso acontece, porque a Constituição Federal, no art. 156, parágrafo 1º, autoriza os Municípios, observadas as limitações constitucionais do poder de tributar (artigos 150 e 152), a instituir IPTU progressivo de forma a assegurar a função social da propriedade. No poder de tributar, inclusive o poder de instituir as alíquotas do tributo - progressivas ou não. A previsão expressa – e não apenas implícita – de alíquotas progressivas deve fazer a particular articulação e inter-relação do IPTU com a função social da propriedade. E essa função, muito mais que a simples exigência técnica no art. 156, parágrafo 1º, corresponde a um princípio. Já que a função social da propriedade um princípio, deverá ser assegurada sempre que compatível com a estrutura dos impostos.²⁹

Ainda a respeito do assunto, Geraldo Ataliba, assegura que o art. 182 da Constituição Federal condiciona o uso do instrumento - progressividade no tempo - à observância de regras urbanísticas e outras, editadas pelo Município. Tal artigo prevê progressividade como um

28 LEONETTI, Carlos Araújo. O IPTU e a função social da propriedade. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 37, p.20.

29 BORGES, José Souto Maior. IPTU: progressividade. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n. 59, 1994, p. 80-1.

meio de reforçar e sancionar a política urbana do Município, essencialmente traduzida no seu plano diretor.³⁰

Quando o IPTU for utilizado com funções extrafiscais, terá de obedecer ao disposto no parágrafo 1º do art. 156, em conjunto o com o art. 182, caso contrário sua eventual graduação deverá estar ligada à sua natureza fiscal consagrada no parágrafo 1º do art. 145.

No entanto, o IPTU quando for utilizado com o objetivo de participar do ordenamento e do crescimento adequado da cidade, quando ele vise a estimular e ordenar o desenvolvimento urbano, assegurando o equilíbrio na concentração das atividades; facilitando o uso e ocupação do solo e evitando especulação imobiliária ou quando disponha sobre a ocupação do solo e o gabarito das construções, ele estará sendo utilizado como componente da noção de uso em prol de função social da propriedade. Isto está estatuído nos termos do art. 182 da Carta constitucional.

Seguindo essa trilha, assegura Marco Aurélio Greco que, mesmo que se diga que há dois tipos de propriedade, o próprio art. 156 parágrafo 1º vincula a figura à função social e essa não tem duplo significado. Não se pode esquecer que, segundo o autor, o tributo é um instrumento para determinados objetivos (função arrecadatória ou não)³¹. A progressividade é para assegurar o cumprimento da função social da propriedade, ou seja, da coisa inserida num contexto.

Importante discussão na ordem do dia, está em se saber se os artigos 156, inc. I parágrafo 1º e art.182 parágrafo 4º da Constituição Federal tratam de hipóteses diversas ou não. Ambos disciplinam a mesma matéria, a progressividade do IPTU. E essa progressividade,

30 ATALIBA, Geraldo. IPTU – Progressividade. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 23, n. 93, jan./ mar. 1991, p. 234.

31 GRECO, Marco Aurélio. IPTU- Progressividade : função social da propriedade. **Revista de Direito Tributário**, nº 52, p. 119.

nos termos constitucionais, tem como finalidade assegurar o cumprimento da função social da propriedade, devendo obrigatoriamente atender ao art. 5º, inc. XXIII, da Carta Magna.

Dessa forma, o parágrafo 1º do citado art. 156 da Constituição Federal, ao referir-se à progressividade das alíquotas do IPTU, nada mais fez do que frisar a possibilidade em capítulo relativo ao Sistema Tributário Nacional, já que tal tema é disciplinado pelo mencionado art. 182 que se insere no capítulo da Política Urbana.

Nesse sentido, Aurélia Sampere Scarcioffolo³² elucida que a noção de função social da propriedade em uma de suas vertentes está ligada expressamente à tributação. O imposto aqui será utilizado por disposição constitucional expressa com fins extrafiscais, para atender as exigências fundamentais de ordenação da cidade constantes do plano diretor. A novidade está em condicionar de forma expressa tal utilização do imposto progressivo, reservando-se, ainda, imposto progressivo no tempo, único e exclusivamente para o disposto no inciso II do parágrafo 4º do art. 182.

Dispõe o § 4º do art. 182 da Constituição Federal que é facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica, para a área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena da incidência dos incisos I, II e III.

Como ensina Souto Maior Borges, a área a ser incluída no plano diretor corresponde apenas à demarcação do âmbito territorial de validade das normas municipais respectivas. A lei federal não pode

32 SCARCIOFFOLO, Aurélia Sampere. Imposto predial e territorial urbano. **Revista de Direito Tributário**, v. 51, p. 224.

ampliar ou restringir esse âmbito de validade especial. Seria penetrar na esfera do peculiar interesse do Município.

Porque é da função social que se trata, não há que guardar o Município lei federal alguma para instituir o IPTU.³³ Ainda esclarece o citado autor que, se a lei federal de normas gerais, no seu âmbito de aplicabilidade, sobrevier ou anteceder a adoção dessas medidas, o Município há de compatibilizar-se com ela. Deverá adaptar a sua legislação à regência da matéria na lei da União. É um caso excepcionalíssimo em que cabe, no direito brasileiro, a aplicação da regra: direito federal corta direito local.³⁴

Deve ser observado que a eventual inexistência de lei federal que dispõe o parágrafo 4º do art. 182 da Constituição Federal não inibia o Município de, com base em lei local, tomar as providências ali referidas.³⁵ Ao comentar sobre a necessidade da elaboração de lei federal para o exercício da atividade legislativa municipal a respeito da progressividade do IPTU, Souto Maior Borges ensina que o condicionamento do exercício da lei municipal à preexistência de lei federal implica a invalidação do princípio da autonomia municipal e inviabiliza a vinculação do IPTU à sua característica mais eminente, porque estará desvinculada da mera percepção de recursos financeiros, que é a de assegurar a função social da propriedade (art. 156, parágrafo 1º).³⁶ Assim, mostra-se que a progressividade do IPTU não deve servir de pretexto para dificultar o exercício da competência tributária municipal na sua plenitude.

33 BORGES, José Souto Maior. IPTU: progressividade. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n. 59, 1994, p. 88.

34 Id. *Ibidem*, p. 88.

35 CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 111.

36 BORGES, José Souto Maior. IPTU: progressividade. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n. 59, 1994, p. 88.

A EMENDA CONSTITUCIONAL 29/00 E A PROGRESSIVIDADE DO IPTU

Antes da Emenda Constitucional nº 29, de 13/09/2000, para o município aplicasse a progressividade do IPTU, seriam necessários: Lei Federal regulando a progressividade; Plano Diretor do município; Lei Municipal estabelecendo a progressividade do IPTU.

Os municípios se esforçaram para preencher os requisitos, fizeram um plano diretor e a lei municipal. No entanto, muitos municípios que instituíram o IPTU tiveram seus atos contestados em juízo. O Supremo Tribunal Federal entendeu que a progressividade do IPTU não era possível, pois os artigos constitucionais que a criaram não eram auto-aplicáveis, uma vez que estava na dependência de uma lei federal para regulamentar o procedimento.

Um dos argumentos é que não haveria necessidade de lei federal, uma vez que ele teria como objetivo trazer a definição de função social da propriedade, segundo os mesmos, nobres julgadores, a referida definição estaria presente no texto constitucional. Apoiavam o entendimento nos ensinamentos de José Afonso da Silva, ao destacar que é o imposto sobre propriedade predial e territorial urbana (art. 156, I), que representa o gravame fiscal da propriedade imóvel, com ou sem edificações, localizada na zona urbana ou com destinação urbana.

De acordo com eles, o imposto poderá ser progressivo nos termos da lei municipal, a fim de assegurar o cumprimento da função social da propriedade. Argumentavam também que a progressividade prevista no art. 156 é genérica e pode ser estabelecida com base em critérios diferentes do estabelecido no art. 182, parágrafo 4º, vinculado à situação específica ali indicada, em que a aplicação da progressividade constitui

sanção pelo não atendimento de regular e específica exigência do Poder Público Municipal.³⁷

Dalmo Dallari escreve, com propriedade que esse critério da progressividade está previsto expressamente na Constituição Federal, no parágrafo primeiro, do artigo 156, como princípio de política fiscal, podendo ser aplicado sempre, seja qual for o uso que se dê à propriedade. Ele nada tem a ver com a progressividade prevista no capítulo da Constituição que trata da política urbana, pois tem o caráter de penalidade e só se aplica se não houver bom uso do imóvel.³⁸

A PENALIDADE IMPOSTA AO PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL POR FORÇA DO ARTIGO 182 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A progressividade temporal é, destacadamente, uma penalização, imposta ao proprietário do imóvel urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, quando se negar a dar o adequado aproveitamento a seu imóvel, de acordo com as disposições estabelecidas no Plano Diretor do município.

Tal penalidade é aplicada por lei, após a imposição da penalidade de parcelamento ou edificação compulsória e nos termos de lei federal.³⁹

37 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 6. ed. São Paulo: RT, p. 606.

38 **Folha de S. Paulo**, p. 1-3, 28/06/95.

39 Alguns autores entendiam que no caso do IPTU progressivo no tempo, como era um tributo de competência municipal, não haveria por que lei federal traçar-lhe qualquer limite, estando, portanto, o município apto a instituir referido imposto progressivo, por meio de aprovação de legislação específica emanada de seu Poder Legislativo.

Roque Antonio Carrazza ao dispor sobre a progressividade no tempo, salienta que ela é sancionatória e não tributária. Isso deve ser feito exatamente para sancionar o proprietário do imóvel que resistir em não o ajustar às diretrizes do plano diretor. In:

O IPTU, quando progressivo, deve estar ligado ao cumprimento da função social da propriedade e conseqüentemente ao plano diretor municipal.

A Constituição Federal em artigo 182, § 1º, ao dispor sobre o plano diretor, refere-se como sendo o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

A função social da propriedade é a obrigação que tem o proprietário de imóvel de atribuir a este bem, a utilidade que favoreça a sociedade, de acordo com o estabelecido no Plano Diretor.

A doutrina tem demonstrado se há ou não diferença entre o IPTU progressivo tributo e outra sanção. Pode ser observado que o IPTU poderá ser progressivo ou não. Em sendo, visará a constringer o proprietário de imóvel urbano não utilizado ou subutilizado a atribuir a propriedade a sua função social.

Apesar de ser do ente municipal a competência para estabelecer regras quanto ao IPTU, o diploma constitucional que lhe atribui a referida competência é o mesmo que estabelece a necessidade da referida lei para aplicabilidade do instituto.

O conflito de normas, todavia, existe e impede a aplicação da progressividade. A Emenda Constitucional 29 alterou o artigo 156, mas manteve a redação do artigo 182, com a exigência da lei federal que regule a matéria.

Esta Emenda estabeleceu que o IPTU progressivo deva se ater ao valor e localização do imóvel, mas não resolveu o problema.

Aires Fernandino Barreto e Ives Gandra da Silva Martins escreveram sobre a Emenda Constitucional 29:

IPTU – ainda a questão da progressividade. Disponível em: www.damasio.com.br, Acesso em: 20 jul.2007, p. 6.

Não pode o contribuinte derivado promulgar emenda constitucional autorizativa de novas formas de alíquotas progressivas para o IPTU; é inconstitucional a modalidade de progressividade “introduzida” pela Emenda 29/2000. O Município só poderá fixar alíquotas progressivas, em relação ao IPTU, no temp, nas hipóteses de inobservância aos requisitos fixados pela Constituição Federal (art. 182, §4º, II).⁴⁰

O artigo 182 permaneceu com a redação original. Assim, continuava exigindo uma lei federal para regular a progressividade. Essa lei as trata do Estatuto da Cidade, promulgado em julho de 2001.

Em que pese muitas pessoas que desconhecem o que seja IPTU progressivo, achando que se trata de um artifício adotado pelas municipalidades para tirar dinheiro dos contribuintes, ela, na verdade tem o caráter punitivo, como facilmente se observa na redação do artigo 182, § 4º, inciso II.

O próprio artigo utiliza-se da palavra pena e, da leitura do artigo, pode-se extrair a conduta a ser punida, quase como um tipo penal.

Assim, aquele que deixar de dar ao imóvel urbano a destinação social, não utilizar ou subutilizar imóvel urbano não edificado, contrariando a política de crescimento urbano adotada pelo município, poderá incorrer nas penas que o artigo preleciona, entre elas a progressividade do IPTU.

O legislador mistura tributo e punição, fazendo com que alguns intérpretes ressaltem tanto o caráter punitivo.

40 A Inconstitucionalidade da Progressividade Prevista na EC nº 29/2000. In: **IPTU**: aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2002, p. 83.

O texto constitucional é claro ao estabelecer limites para a utilização da progressividade no IPTU, como forma de assegurar a função social da propriedade. Assim, poderá ser:

- a) sobre imóveis não edificados, subutilizados ou não utilizados;
- b) mediante lei específica para o imóvel;
- c) nos termos de lei federal;
- d) com prévia notificação do contribuinte;
- e) podendo promover o parcelamento ou edificações compulsórias;
- f) progressivo apenas do tempo.

Dessa forma, ficaram definidos os limites para utilização do IPTU como instrumento de política urbana que visa a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana (função extrafiscal do imposto), por meio da única e exclusivamente progressividade prevista nos §§ 2.º e 4.º, e seu inciso II, do art. 182, todos da Constituição Federal. Essa é a única possibilidade de diferenciação e graduação progressiva do IPTU.

Tem-se então, que o artigo 182 da Constituição Federal tem o seu enfoque voltado para a política urbana e não para a tributação, porque no conceito de tributo (artigo 3º do CTN) não se inclui prestação que seja sanção. Daí afirmar que nas situações dispostas no artigo 182 da Constituição, existirá uma sanção ontológica relativa e derivada do mau uso da propriedade para o que é prevista a progressividade no tempo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Convém salientar que os legislativos municipais, para que possam instituir as alterações procedidas tanto pela Emenda Constitucio-

nal 29/00 quanto pelo Estatuto da Cidade, deverão aprovar lei para tanto, atendo-se ainda ao princípio da anterioridade tributária.

O IPTU progressivo deve existir para ser um instrumento com a finalidade de atender ao crescimento ordenado da cidade e atendendo ainda aos aspectos sociais, para que todo imóvel urbano cumpra sua função social, criando assim, ordem no crescimento da cidade, melhorando as condições de vida da população.

A extrafiscalidade pode ser adotada por qualquer imposto, para estimular ou desestimular comportamentos, o IPTU, por exemplo. A Constituição Federal assegurando o direito de propriedade cerceará o direito do proprietário, a fim de adequá-la aos objetivos sociais estabelecidos no Plano Diretor do município, considerando as delimitações do Estatuto da Cidade.

Se o IPTU for utilizado com funções extrafiscais, terá de obedecer ao disposto no parágrafo 1º do art. 156 em conjunto com o art. 182.

A progressividade no tempo do IPTU é opcional aos municípios. No entanto, para instituí-la deverá aprovar e implementar o plano diretor, nos termos do Estatuto da Cidade, com a finalidade de atender a função social da propriedade.

O referido Estatuto dispõe sobre as penalidades (sanções) que incidirão sobre o imóvel que não atender o disposto no plano diretor do município. Além da progressividade do IPTU no tempo, poderá o proprietário ter o seu imóvel desapropriado pela administração pública municipal, mediante o pagamento de títulos da dívida pública.

REFERÊNCIAS

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. O estatuto da cidade e suas implicações. In: **Jus Navigandi**, n. 51. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2200>. Acesso em: 03 ago. 2007.

ARANA, Jayme Gustavo. *A progressividade do IPTU*. In: **Jus Navigandi**, n. 53. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2485>. Acesso em: 03 ago.2007.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. IPTU: progressividade. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 23, n. 93, jan./ mar. 1991.

_____. IPTU: progressividade. **Revista de Direito Tributário**, n. 56, jun. 1991.

BARBON, Sandra Aparecida Lopez. **Do IPTU**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

BARRETO, Aires Fernandino. A progressividade nos impostos sobre a propriedade imobiliária. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n. 4.

_____. **Imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

_____. Os municípios na Nova Constituição Brasileira. In: **A Constituição Brasileira de 1988** – interpretações. São Paulo: Forense Universitária, 1988.

BARRETO, Aires Fernandino; MARTINS, Ives Gandra da Silva. A Inconstitucionalidade da progressividade prevista na EC nº 29/2000. In: **IPTU**. Aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2002.

BORGES, José Souto Maior. IPTU: progressividade. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n. 59, 1994.

BOTALLO, Eduardo. Capacidade contributiva. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n. 47, p. 234-243, jan./mar. 1989.

CARNEIRO, Ruy de Jesus Marçal. **Organização da cidade**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1998.

CARRAZA, Elizabeth Nazar. **Progressividade e IPTU**. Curitiba: Juruá, 1998,

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 21. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.

_____. A progressividade na ordem tributária. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 64.

_____. IPTU: ainda a questão da progressividade. Disponível em: http://www.damasio.com.br/novo/htm/artigos/art_43.htm. Acesso em: 20 jul. 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da norma tributária**. São Paulo: Lael, 1981.

CONTI, José Maurício. **Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade**. São Paulo: Dialética, 1996.

CORDEIRO, Diva Narcisa. IPTU: progressividade. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 24, n. 96, out./dez. 1990.

COSTA, Alcides Jorge. IPTU: progressividade. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 23, n. 93, jan./mar. 1991.

COTRIN, Luis Henrique T. A progressividade do IPTU na constituição de 1988. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 40, n. 179, set. 1992.

DEL OLMO, Manolo. A nova progressividade do IPTU na Emenda Constitucional nº 29/00, Disponível em: <http://www.direitonaweb.adv.br/>. Acesso em: 13 jul.2007.

DEL OLMO, Manolo. A progressividade do IPTU. In: **IPTU: aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2002.

DERZI, Misabel e Sacha Calmon Navarro Coelho. **Imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana**. São Paulo: Saraiva, 1982.

DIAS, Luiz Cláudio Portinho. IPTU: sistema de alíquotas progressivas, função social da propriedade e a autonomia municipal. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/aj>. Acesso em: 13jul.2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição de 1988**, vol. 3, São Paulo: Saraiva, 2000.

FURLAN, Valéria C. P. **IPTU**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 164.

GARCIA, Plínio Gustavo Prado. IPTU: vedação constitucional a progressividade de alíquotas. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 15, p. 66-71, dez. 1996.

GRECO, Marco Aurélio. IPTU: progressividade – função social da propriedade. **Revista de Direito Tributário** n. 52.

HARADA, Kyioshi. A progressividade do IPTU. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, v. 1, n. 2, jan./mar. 1993.

HARADA, Kyioshi. **Sistema Tributário na Constituição de 1988 – Tributação Progressiva**. São Paulo: Saraiva, 1991.

LEFÉBVRE, Henri. **O direito à cidade**. São Paulo: Ed. Documentos, 1969.

LEONETTI, Carlos Araújo. O IPTU e a função social da propriedade. **Síntese**, n. 21, 1998.

_____. O IPTU e a função social da propriedade. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 37, out/1977.

MACEDO, José Acúrcio Cavaleiro. **Aspectos extrafiscais das finanças odernas**, 1959, tese para concurso de cátedra.

MACHADO, Hugo de Brito. Ausência de progressividade. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 31. sd.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MACHADO, Hugo de Brito. **Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MANGUEIRA, Carlos Octaviano de Medeiros. Capacidade contributiva. Progressividade, função social da propriedade e vedação de confisco. www.datavenia.inf.br/antigos/octaviano.html

MELO, José Eduardo Soares de. IPTU: a função social da propriedade e a progressividade das alíquotas. In: **Revista Dialética de Direito Tributário**, nº 1, p. 41-56;

MORAES, Bernardo Ribeiro de. O IPTU e as limitações do legislador municipal. In: **Repertório IOB de jurisprudência**, nº 4/90, p. 56-60.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. A questão da progressividade do IPTU. In: **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo: RT, ano 8, nº 34, setembro-outubro, 2000.

NEVES, Luis Fernando de Souza. Apontamentos sobre o ITR e sua progressividade. In: **Curso de Especialização em Direito Tributário** – Estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NÓBREGA, Airton Rocha Nóbrega. O estatuto da cidade, Disponível em: http://www.bpdir.adv.br/artigos_005.htm. Acesso em: ago.2007.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de Direito Tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Capacidade contributiva** – Conteúdo e eficácia do princípio. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

OLIVEIRA, Yone Dolácio de. A progressividade do IPTU, In: **Repertório IOB de jurisprudência**, nº 23/90, p. 377-379.

_____. Progressividade do IPTU e princípios da capacidade contributiva e da redistribuição. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, v. 5, n. 17, out./dez. 1996.

PAIVA, João Pedro Lamana Paiva e Burtet, Tiago Machado. Breves comentários ao Estatuto da Cidade. In: **Caderno de Direito Municipal**, Interesse Público 12-2001.

RIBEIRO, Maria de Fátima. **O IPTU como instrumento de intervenção no uso do solo urbano** – IPTU: aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2002.

SAULE JÚNIOR, Nelson. O tratamento constitucional do plano diretor como instrumento de política urbana. In: FERNANDES, Edésio (Org.).

Direito Urbanístico. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SCARCIOFFOLO, Aurélia Sampere. Imposto predial e territorial urbano. **Revista de Direito Tributário**, n. 51.

SILVA, Orlan Fábio da. IPTU progressivo, aplicabilidade e emenda constitucional nº 29. In: **Jus Navigandi**, n. 48. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1394>. Acesso em: 03 ago.2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992.

SOUZA, Carlos Renato Silva e. Capacidade contributiva, IPTU e progressividade. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n. 76, p. 243-268. 1997.

TONIN, Helaine Geraldi Goraib. Progressividade no IPTU. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, v. 5, n. 20, p. 89-109, jul./set. 1997.

URBANO, Fábio Henrique de Araújo. **IPTU progressivo**. Aplicação para fins de garantia da função social da propriedade. In: **Jus Navigandi**, n. 23. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1391>. Acesso em: 03 ago. 2007.

DEVER DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA POR MEIO DA FUNÇÃO NORMATIVA

Marlene Kempfer BASSOLI

Focar a intervenção do Estado na ordem econômica é sempre um desafio, uma vez que esse tema é aglutinador de conteúdos interdisciplinares. O corte metodológico proposto está voltado a sistematizar estudo sobre o dever do Estado de intervir nas relações que se instalam no âmbito das atividades econômicas, à luz da atribuição constitucional de produzir normas. O reconhecimento de que o Estado é sujeito de direito em relação jurídica com tal dever, terá como consequência imediata, além de a indicação dos limites da intervenção, as antijuridicidades e as sanções jurídicas.

O enfoque constitucional da intervenção estatal remete aos estudos sobre a interpretação constitucional. A opção foi por uma aproximação com o pluralismo metodológico, enfatizando-se a finalidade que está expressa ou implícita nos enunciados constitucionais que deve ser alcançada no plano das relações humanas. Assim, quer-se apontar mais um caminho jurídico, que possibilite buscar a efetividade dos valores e das normas constitucionais.

A afirmação de que a intervenção nas relações econômicas, na função normativa, é dever do Estado, está fundamentada, especialmente, nas diretrizes do modelo econômico que o legislador constituinte escolheu para o Brasil a partir de 1988. Decidiu-se pela proposta do liberalismo econômico que, na versão contemporânea, tem a denominação de neoliberalismo. Esse modelo legitimou a intervenção

do Estado, após se constatar que não havia outra alternativa a não ser o Poder Estatal para controlar o poder econômico. Ao Estado, impôs-se a atribuição de intervir para corrigir falhas graves que as estruturas econômicas defendidas pelo liberalismo não foram suficientes para evitar. Tais deficiências foram comprovadas ao longo dos últimos duzentos anos nos países em que as idéias do capitalismo foram implantadas. Entre as falhas, pode-se apontar: exclusões sociais, degradação ambiental, violência, desigualdades.

O Direito foi utilizado para positivar essa ideologia. Assim, contemporaneamente, o Direito deve ser utilizado para implantar uma nova ideologia.

INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

Conforme estudos sobre as fontes do direito efetuados por Norberto Bobbio (1999, p.45), é correto afirmar que, no ordenamento jurídico, há normas de estrutura e normas de comportamento.

As normas de estrutura são aquelas que dizem respeito ao modo de produzir, modificar ou expulsar as outras normas do sistema. Têm como destinatários os produtores de normas dirigidas às condutas humanas, definindo o que é obrigatório (O), permitido (P) ou proibido (V, *verboden*). As normas de estrutura são hierarquicamente superiores às demais normas. Registra Bobbio (1999, p.33), que as normas de estrutura “não prescrevem a conduta que se deve ter ou não ter, mas as condições e os procedimentos através dos quais emanam as normas de conduta válidas”.

As normas de condutas são aquelas que impõem um comportamento proibido, permitido ou obrigatório. Estão dirigidas a sujeitos indeterminados, mas determináveis ou a sujeitos determinados. Têm

finalidade de estimular, reprimir ou preservar condutas que realizem valores jurídicos indicados no ordenamento jurídico.

Pode-se afirmar que a norma de estrutura é fundamento de validade da norma de comportamento. Ao deflagrar o processo de produção de normas de comportamento (aspecto dinâmico do ordenamento), formam um entrelaçamento de tal envergadura que culminam em uma intrincada rede de relações jurídicas. Surgem, então, as dificuldades ao operador do Direito diante da tarefa de interpretar, produzir e aplicar normas jurídicas às situações concretas.

Considerando-se que a interpretação jurídica é um ato intelectual que busca o sentido para a produção e aplicação da norma, é útil definir uma trajetória para tal, conforme se propôs o Prof. Carvalho (1998) quando escreveu sobre um “Modelo interpretativo para o Direito Tributário”. Essa proposta será considerada neste estudo sobre a intervenção do Estado na ordem econômica a partir da função normativa, mas, antes, é necessário estabelecer as seguintes considerações propedêuticas:

1. O órgão legislativo estatal, no exercício das atribuições típicas, produz proposições prescritivas (normas jurídicas), em um processo legislativo, como resultado de análises valorativas da realidade. Tal decisão será apresentada à sociedade sob forma de enunciados lingüísticos, construídos a partir das regras gramaticais do idioma nacional e das regras da técnica para produzir textos legislativos (Carvalho, 2000). O conjunto desses enunciados forma o texto legislativo e, ao ser comparado com um texto que revela outros aspectos das relações humanas, será identificado por sua composição em artigos, parágrafos, incisos, alíneas. Os textos legislativos são introduzidos no ordenamento jurídico por normas introdutoras como Leis, Medidas Provisórias, Decretos Legislativos, Resoluções e outros. A partir da leitura destes textos e

com os recursos da Hermenêutica, será possível construir a norma jurídica. As normas jurídicas formam um conjunto. Ao serem qualificadas como válidas e vigentes em determinado tempo e espaço, formam o Direito Positivo.

2. O legislador que atua no Legislativo não necessariamente tem conhecimento jurídico, nem dele depende para bem desempenhar suas atribuições parlamentares (Carvalho, 2000, p.5). Ao produzir os enunciados prescritivos, normalmente, recorre a termos imprecisos ao se referir aos fatos, valores, situações, comportamentos, relações do cotidiano. Os textos legislativos, portanto, reúnem expressões imprecisas, próprias da linguagem natural e, também, expressões próprias da linguagem técnica. Aquela se caracteriza pela imprecisão e pelo forte apelo pragmático e essa por empregar termos precisos, identificadores do objeto que descreve. Tais linguagens não têm a precisão da comunicação científica e seus termos não são unívocos.

3. A partir dos enunciados que estão nos textos que compõem o Direito Positivo, e, seguindo-se o caminho para isolar a norma jurídica, é útil buscar os conhecimentos reunidos na Lógica Jurídica, uma vez que apresenta a estrutura sintática adequada à construção normativa. Ela é a unidade mínima e irreduzível da expressão deontica (Carvalho, 1998, p.48), tendo composição de um juízo hipotético-condicional. Essa proposição, ao ser expressa em linguagem própria da Teoria Geral do Direito, é assim descrita: “*se um fato jurídico, então, instala-se uma relação jurídica*” e “*se a antijuridicidade, então, a sanção jurídica*”.

4. O caminho para alcançar o nível da estrutura lógica da norma jurídica acima apresentada, pode ser assim percorrido: inicia-se no nível do Direito Positivo, reunindo-se os textos legislativos, objeto de interpretação; segue-se para o nível da Ciência do Direito, no qual estão as especificidades dos diversos ramos do Direito; assim, adiante,

para alcançar o patamar da Teoria Geral do Direito em que estão os conteúdos comuns aos diversos ramos do Direito. Esse é o nível da generalização, em que o fato jurídico, a relação jurídica, a antijuridicidade e a sanção são considerados na sua essência, sem as peculiaridades destacadas no nível da Ciência do Direito. A partir do patamar da Teoria Geral do Direito, será possível alcançar o estrato das estruturas lógicas, que podem ser utilizadas pelo Direito.

Com a estrutura da proposição de um hipotético-condicional, constrói-se a norma jurídica de direito material e a norma jurídica de direito processual. Elas têm a mesma estrutura sintática. Juntas formam a norma jurídica. Assim, a Lógica Jurídica, contribui para identificar: o fato jurídico selecionado pelo legislador; a relação jurídica, no qual estão direitos subjetivos e deveres correlatos; a antijuridicidade e a sanção jurídica.

Com tais considerações, pode-se seguir para compreender o modelo de interpretação proposto pelo Prof. Carvalho (1998), sugerindo uma trajetória em busca do sentido da norma. Para tanto, o autor considerou três subsistemas:

- subsistema S1, que reúne os enunciados prescritivos, no plano da expressão em que se manifestou o legislador, marcando o início da trajetória de interpretação;

- subsistema S2, que reúne os conteúdos de significações dos enunciados prescritivos, ou seja, o plano semântico, buscando contextualizar as palavras, frases. Neste subsistema, reúne-se um número ainda maior de enunciados;

- subsistema S3, que reúne a(s) norma(s) jurídica(s) construída(s) a partir da estrutura de uma proposição hipotético-condicional. Para alcançar esse objetivo, o interprete fará incursões constantes aos de-

mais, subsistemas, para buscar o sentido conforme as diretrizes constitucionais.

INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Diante dos inúmeros enunciados prescritivos produzidos pelo legislador, o corte que ora se faz é para isolar aqueles que compõem o texto constitucional. Tais enunciados foram introduzidos no ordenamento jurídico pela norma introdutora Constituição.

Estudiosos do tema constitucional dissertam no sentido de esclarecer que o conteúdo de uma Constituição é variável de Estado para Estado. Mas, independentemente do conteúdo ser material ou formalmente constitucional, a Constituição contém enunciados prescritivos de superior hierarquia, fundamento de validade de toda a produção normativa de nível constitucional que sucede ao constituinte e da produção de norma infraconstitucional.

Os enunciados constitucionais devem ser considerados por todos aqueles que se propõem a praticar a tarefa jurídica de produção de normas. Pode-se indicar como sendo intérpretes imediatos da Constituição:

1) o Legislativo, no seu trabalho de criar normas constitucionais e infraconstitucionais que identificam novos fatos jurídicos, direitos e deveres, antijuridicidade e sanções;

2) o Executivo, no desempenho de suas funções administrativas vinculadas às normas introduzidas pelo Legislativo, produzindo normas infralegais, contidas em atos administrativos;

3) o Judiciário, no exercício de sua função típica da tutela jurisdicional, manifestando-se por meio de normas infralegais contidas em sentenças ou acórdãos.

A importância das atuações desses órgãos é inquestionável, uma vez que estão em permanente diálogo com a sociedade. Suas decisões têm reflexo direto ou indireto nas relações interpessoais, interferindo para a preservação de valores jurídicos, entre eles, o da paz social. Para tanto, tais decisões devem ser resultado de uma adequada interpretação constitucional.

Balaguer Callejón (1997) analisou os denominados métodos tradicionais para interpretação das normas jurídicas (com acentuadas categorias privatistas) para avaliar se poderiam ser empregados diante da posição especial da Constituição no sistema jurídico. Indicou que as opções mais comuns, apontadas por Zagrebelski (*apud* Balaguer Callejón, 1997), seriam os caminhos pela rigidez do método jurídico puro ou pelo pluralismo metodológico que enfatiza a finalidade do Direito.

Continuou sua pesquisa para afirmar que há diferença entre interpretação da Constituição e interpretação constitucional. Para a primeira, recorre-se à técnica de determinar a vontade soberana contida na própria Constituição; e, para a segunda, leva-se em conta que há um permanente processo de conciliação de interesses e valores abertos à sociedade, sendo a Constituição o núcleo de partida desta trajetória interpretativa.

Concluimos que, independente da opção por um modelo interpretativo para o conteúdo constitucional, é preciso registrar peculiaridades que devem ser consideradas por qualquer método diante da Constituição:

- 1) reconhecer o caráter normativo e a posição de supremacia da Constituição, pois se reconhece sua força para irradiar efeitos jurídicos por todo o sistema jurídico;

2) respeitar os limites das decisões resultantes dos pactos social e político, que possibilitaram a Constituição;

3) considerar as pressupostos axiológicos fundamentais dos modelos de Estado e de Governo escolhidos, uma vez que consolidam conquistas sociais incorporadas ao conteúdo material da Constituição;

4) primar pela realização dos valores reunidos sob a denominação de princípios da justiça, da segurança jurídica e certeza do direito.

A partir dessas considerações, os caminhos mais adequados a esta pesquisa são o do pluralismo metodológico para alcançar as finalidades indicadas na Constituição e seguir uma trajetória de interpretação constitucional.

Diante do texto constitucional, serão considerados os três subsistemas já citados:

- subsistema S1, para reunir os enunciados constitucionais a partir do foco (matéria) que se pretende investigar;

- subsistema S2, para reunir os enunciados produzidos a partir de investigações semânticas e buscar as significações, os sentidos, tendo em conta os direitos fundamentais, os modelos de Estado e de Governo. Para Lucas Verdú (2000), tais estruturas, com seus mecanismos e articulações, devem ser considerados como postulados, pois foram construídos para realizar valores e devem orientar a interpretação constitucional; e,

- subsistema S3, para reunir as proposições constitucionais construídas após percorrer os subsistemas S1 e S2.

As proposições reunidas no subsistema S3 poderão se apresentar com ou sem a estrutura sintática normativa. Nesta hipótese, constata-se que não foi encontrada a unidade normativa. Tais proposições são reveladoras de valores jurídicos e denominadas proposições estimati-

vas¹. São diferentes das proposições imperativas² ou, de eventual outra categoria de proposição, que possa ter sido objeto de sistematização pelo intérprete.

Diante das proposições constitucionais reunidas no subsistema S3, nem sempre a doutrina jurídica aponta diferenças entre elas. Comumente são denominadas sob um único título: princípios constitucionais.

Em busca de clarear o conteúdo semântico do vocábulo princípio, vários cientistas se debruçaram sobre o tema. Pietro Sanchis (1998, p.49), ao analisar a decadência da lei e enaltecer a reabilitação principialista, concorda com Herbert L. A. Hart, segundo o qual, diante da expressão *princípio* a “zona de penumbra” resulta mais ampla que o “núcleo de certeza”.

O autor espanhol concentra seus estudos no sentido de investigar se há uma tipologia de princípios diferente das demais regras do sistema. Após indicar algumas acepções de princípio, conclui que não há duas classes de diferentes enunciados normativos e sim há tipos de estratégias interpretativas, permitindo afirmar que as regras são fechadas e os princípios abertos.

As regras, fechadas, contêm todos os elementos estruturais da proposição jurídica, permitindo aplicação objetiva, exaustiva. Os princípios são abertos, não têm a exaustividade da regra fechada. Eles proporcionam uma orientação que deverá ser complementada pelo processo de positivação. Assim, diante de regra, o aplicador do Direito não terá muitas dificuldades, mas, diante de princípios, terá que recorrer à ponderação que possibilita o subjetivismo. O controle desta

1 Conforme Kalinowski (1973, p. 81), as proposições estimativas não estabelecem diretamente nem obrigação, nem proibição, nem permissão e sim são fundamento para determinar o valor positivo, negativo ou neutro da ação dada.

2 Conforme Kalinowski (1973, p. 81), as proposições imperativas são juízos que ordenam ou proíbem e jamais permitem.

ponderação será pela necessária fundamentação da decisão, evitando-se os limites da irracionalidade.

Atento às diversas acepções semânticas do que seja princípio constitucional, o Prof. Carvalho (2000, p. 142) propõe uma sistematização que permite identificar quais enunciados revelam proposições jurídicas apontando uma norma jurídica; quais revelam valores; e quais revelam limites objetivos. Ter-se-á, portanto, em nível constitucional, enunciados que permitem identificar as seguintes possibilidades:

- a) norma jurídica de posição privilegiada e portadora de valor expressivo;
- b) norma jurídica de posição privilegiada e portadora de limite objetivo;
- c) enunciados com valores inseridos em regras de posição privilegiada, mas considerados independentemente da estrutura normativa;
- d) enunciados com limite objetivo em regra de forte hierarquia sem estrutura normativa

As hipóteses “a” e “b” o professor denomina **princípios** como **normas**, enquanto para “c” **princípio** como **valor** e para “d” **princípio** como **critério objetivo**.

As conseqüências práticas da sistematização do Prof. Carvalho (2000) despertaram interesse e motivaram a opção por sua proposta, utilizando-se para estes estudos apenas as acepções de princípios “a”, “b” e “c”. Registre-se que esta classificação foi desenvolvida pelo Prof. Carvalho (2000) para tratar sobre “Sistema e Princípios Constitucionais Tributários”.

Na atual oportunidade, os estudos do professor serão considerados para análise de enunciados constitucionais reunidos no capítulo da Ordem Econômica, portanto, para o campo do Direito Econômico.

ENUNCIADOS CONSTITUCIONAIS QUE REVELAM
VALORES EM POSIÇÃO PRIVILEGIADA E CONSIDERADOS
INDEPENDENTEMENTE DA ESTRUTURA NORMATIVA

É possível identificar enunciados constitucionais que permitem construir proposições reveladoras de valores jurídicos. Para esses enunciados são pertinentes algumas análises no plano da Axiologia e Axiologia Jurídica. Nicolai Hartmann dedicou-se a esse estudo e, conforme sua teoria do ser espiritual (*apud* Adeodato, 1996), os valores são captados pelo indivíduo que os vivencia nas suas relações interpessoais.

Johannnes Hessen (2001, p. 91) enfatiza a afirmação de que os valores são sempre referidos aos sujeitos. Assim, nas experiências humanas, eles são revelados e vivenciados. Os valores que se quer preservar e ver realizados passam a ser diretrizes de condutas. As normas jurídicas, reunidas no Direito Positivo, registram a experiência humana de disciplinar conduta conforme valores éticos. O Direito, por meio dos mecanismos da coação e coerção estatal dirigidos às condutas, é instrumento para realizar valores.

Na descrição ontológica da esfera axiológica considerada por Hartmann (*apud* Adeodato, 1996), há um momento dos valores em que se projetam sobre a realidade independentemente de estarem vinculados a comportamentos, é o valor enquanto dever ser ideal. Considerando-se os estudos de Hessen (2001, p.90), esse momento poderia ser o do valor em si mesmo, o valor autônomo, pronto para irradiar e ser suporte de outros valores derivados. Para elucidar esta descrição,

pode-se indicar os valores *liberdade, fraternidade, justiça, paz*, sem estarem vinculados a condutas. Esses e outros valores, no nível de um dever ser ideal, ao serem registrados em nível constitucional, por ato de decisão política, galgam a posição privilegiada como valores jurídicos. Eles estarão à espera do processo de positivação para percorrer os demais níveis da escala axiológica, até alcançar o nível do valor realizado, por meio das condutas humanas.

De acordo com o modelo de Estado e Governo escolhidos, analisa Vilanova (1977, p.235), citando William Ebenstein, seria juridicamente pensável um sistema político em que se habilite órgão ou pessoas para produzirem normas e atos sem a “interpolação de leis ordinárias, ou de normas gerais, emitidas a título de regulamentos, concretizando-se atos de execução sem ulterior produção normativa.”, ou seja, sem a exigência do processo de positivação. Essa possibilidade é uma decisão pré-jurídica de cada nação.

Diante dos valores de posição privilegiada, enquanto não for deflagrada a positivação, os enunciados que indicam valores, conforme adverte Habermas (1997, p.316), desempenham uma função teleológica, de orientação na interpretação de todas as normas do ordenamento jurídico, diferentemente das normas jurídicas que já possuem um sentido deontológico.

Os valores enquanto dever ser ideal auxiliarão a confirmar comportamentos recomendáveis diante de condutas igualmente corretas para alguns. Diferentemente daqueles enunciados que permitem identificar a proposição prescritiva, que delimitam a conduta que seria recomendável para todos. Para Neves (1994, p.33) a função simbólica dos valores constitucionais inseridos a partir dos preâmbulos deve servir para interpretação diante de situação de aplicação do direito, ocasião em que se pretende a “concretização do texto constitucional.”

Os valores revelados nos enunciados constitucionais em análise (liberdade, igualdade, igualdade, fraternidade, justiça) podem ser classificados como de interesses juridicamente legitimados, conforme afirmam Ferrara e Rocco (Vilanova, 2000, p.226). Nessa condição, já pertencem aos cidadãos da comunidade social submetidos à determinada ordem jurídica.

Alguns destes valores não foram elevados à categoria de direito subjetivo público, porque dependem de presente ou futura posituação, em norma constitucional ou infraconstitucional. Quando o processo ocorrer, estará garantida a possibilidade de os cidadãos serem titulares de direitos materiais e do direito de ação. Enquanto proposição estimativa não é possível construir uma proposição jurídica em sentido estrito.

Confirma-se com o Prof. Vilanova (2000, p.229) que é uma questão de política legislativa, portanto, de decisão popular, selecionar os fatos, as condutas, que são relevantes e que podem, em determinado momento histórico, ser prestigiados como fatos jurídicos, e assim realizar determinado valor constitucional. Tais valores poderão permanecer no ordenamento, apenas como indicadores de futura posituação, perpetuando-se como valores legitimados, sem serem elevados à condição de direito subjetivo público ou privado. Nesse caso, no entanto, são objetos de relação jurídica em sentido amplo (Vilanova, 2000, p.162), desprovido de eficácia processual.

Surge, então, a questão de definir qual seria, efetivamente, o papel destas proposições estimativas no sistema jurídico. São interesses juridicamente legitimados e marcam um ponto de convergência necessário para futura posituação. Durante a produção de normas constitucionais ou infraconstitucionais, os valores enquanto dever ser ideal, devem ser fundamento de validade das normas resultantes desse processo.

Por meio da positivação, estar-se-á indicando qual é o aspecto ou percepção do valor jurídico-constitucional que se quer ver realizado, em determinado momento e espaço, no plano das relações intersubjetivas. Há necessidade dessa *individualização* (Vilanova, 2000, p.228) e de indicar, ainda que de forma determinável, os possíveis sujeitos de uma relação jurídica, o fato da vida que se quer juridicizar. Essa é a liberdade do legislador.

Definida sua opção, e para alcançar as relações humanas, terá que verter sua decisão em norma jurídica. Desse momento em diante, a regência do processo será por leis lógicas.

Diante do exposto, confirma-se a importância dos valores jurídicos: são orientadores de toda produção normativa nos órgãos Legislativo, Executivo ou Judiciário; indicam os valores que a nação quer vivenciar e ver preservados; expõem a hierarquia dos valores do ordenamento jurídico e, assim, indicam a ideologia que rege as relações humanas alcançadas pelo Direito.

NORMA JURÍDICA DE POSIÇÃO PRIVILEGIADA E PORTADORA DE VALOR EXPRESSIVO

A aceção de princípio como uma norma jurídica de posição privilegiada e portadora de valor expressivo será identificada diante do texto constitucional, em que for possível extrair conteúdo para construir proposição normativa conforme o modelo apresentado por Vilanova (1977), ao tratar das estruturas lógico-normativas ou seja: “se um fato jurídico, então, instala-se uma relação jurídica” e “se a antijuridicidade, então, instala-se uma relação jurídica sancionatória”.

Para identificar essa norma, deve-se buscar a estrutura da proposição jurídica que revela a norma primária e a norma secundária. A

primeira, norma de direito material, na sua composição interna, terá a descrição de um fato jurídico e a previsão, de modo prescritivo, de uma relação jurídica. A segunda, norma secundária ou norma de direito processual, em sua composição interna, revela a antijuridicidade a sanção.

Poder-se-ia afirmar que a norma jurídica, de posição privilegiada com valor expressivo, aponta para os valores em fase de positivação, a partir dos valores autônomos, valores do dever ser ideal. Conforme entendimento de Hessen (2001, p.90), tais valores são os valores derivados, que tiram seu caráter de valor de outro valor. Para elucidar: o valor harmonia (valor derivado, do dever ser atual) que positiva um dos aspectos do valor paz (valor autônomo, do dever ser ideal); a solidariedade que positiva uma das percepções do valor fraternidade; a capacidade contributiva que positiva uma das percepções do valor igualdade; a livre concorrência que positiva uma das vivências do valor liberdade.

Essas normas poderiam ser equiparadas às normas programáticas a que se referem, entre outros, os doutrinadores nacionais Silva (1982)³, Ferrari (2001)⁴ e Barroso (2001)⁵. Tais autores têm em comum a posição de que as normas programáticas tratam de “programas”, “definem fins” e “fins sociais” a serem alcançados pelo Estado. Concordam que, em alguns casos, sob aspecto de efetividade, se não produzem direito subjetivo em sentido positivo, geram em sentido ne-

3 SILVA concebe normas programáticas como sendo “(...) aquelas normas constitucionais, através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesse, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programa das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais”.

4 FERRARI escreve de “(...) tais normas definem fins e não estabelecem pressupostos de fato, isto é, não dizem quando se deve atuar (...): normatividade, operatividade e efetividade embora digam o fim a ser perseguido.”

5 BARROSO destaca as “(...) disposições indicadoras de fins sociais a serem alcançados. Estas normas têm por objeto estabelecer determinados princípios ou fixar programas de ação para o Poder Público.”

gativo, vinculando os órgãos estatais na suas respectivas atuações, de modo que não tomem caminhos diferentes daqueles que permitam realizar os fins do Estado.

Pietro Sanchis (1998, p.40), ao expor sobre a importância da atividade do Estado-juiz em um Estado Constitucional de Direito, esclarece que, diante de questões levadas ao judiciário, que envolvem normas jurídicas constitucionais (ora classificadas como portadoras de valor expressivo), o juiz, terá que lidar com a discricionariedade⁶ legislativa e a indeterminação, vaguidade, de termos que são empregados pelo legislador. Terá que respeitar a opção legislativa uma vez que foram opções igualmente legais e orienta que “(...) *ali donde entran en julgo los principios constitucionales aparece una exigência de ponderación*”.

Esta ponderação permite afirmar que o juiz atuará com margem de “subjetivismo”. Alerta que não se deve confundir com a corrente subjetivista ou psicologismos⁷ a respeito do conhecimento dos valores. O julgador é membro da comunidade que positivou os valores, também os vivenciou e os vivencia, portanto, deve ter cuidado ao promover valoração, para não emitir juízo pessoal. Diante da liberdade de decisão, característica da discricionariedade apontada por English (1988), a barreira intransponível são os limites jurídicos nos quais deve se manter. Este controle se faz analisando a racionalidade dos argumentos da decisão.

6 Grau (1998, p.150) explica que indeterminação de termos que compõem os conceitos ou manifestações do legislador é diferente da discricionariedade. Esta entendida como a possibilidade de escolha entre as opções igualmente legais, enquanto diante da indeterminação dos termos, se apresentará por ocasião da interpretação e aplicação da norma jurídica, de acordo com o qual onde terá a faculdade de escolher entre várias interpretações possíveis, adequadas. O limite será a zona de incerteza que permite afirmar a que determinada significação não se aplica.

7 Conforme alerta Recasens Siches (1952, p.407), enaltecendo que o subjetivismo leva à conclusão que não há valores jurídicos e tão somente tendências psíquicas produzindo uma ilusão de valores.

Assim, será possível constatar se permaneceu no campo de irradiação, da expansão dos valores a que se refere Reale (1994).

NORMA JURÍDICA DE POSIÇÃO PRIVILEGIADA QUE ESTIPULA LIMITE OBJETIVO

A norma jurídica de posição privilegiada que estipula limite objetivo tem em comum com a norma jurídica apresentada anteriormente, o nível constitucional e terem a mesma estrutura sintática. Diferencia-se da norma de posição privilegiada e portadora de valor expressivo, pois o legislador constitucional indica os limites objetivos para a atuação do legislador constitucional e infraconstitucional. Dos enunciados constitucionais que permitem construir estas normas, será possível indicar o valor revelado em termos de significação mais precisa, indicativa dos únicos critérios ou limites a serem considerados para o conteúdo da futura norma.

A atividade interpretativa e de aplicação dessa espécie de norma constitucional estará no campo objetivo ao verificar se o legislador considerou ou não os critérios ou limites constitucionais. É nesse sentido a constatação de Bueno (2000, p.239), ao tratar da inafastabilidade do controle judicial da administração, afirmando que há normas constitucionais que determinam o conteúdo das outras normas a serem produzidas pelo Estado-legislador, com termos de significação objetiva, precisa, permitindo identificar a vinculação. Nesses casos não haverá espaço para a discricionariedade.

Os enunciados constitucionais que podem ser construídos como normas desta categoria revelam, por exemplo: a necessidade de alíquota progressiva (Art. 156, §1º, I CF) para contributiva (Art. 145, §1º CF) quando forem instituídos os impostos (Art. 145, I CF); a determina-

ção constitucional de percorrer o processo legislativo como o único mecanismo para produzir a norma introdutora de norma denominada de lei.

INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DA ORDEM ECONÔMICA

Considerando-se os enunciados constitucionais voltadas à ordem econômica, concentrados no Título VII, e, especialmente para estes estudos, aqueles do capítulo I, é possível reuni-los em um subsistema S1. Esse subsistema marca a trajetória inicial da interpretação constitucional. Nele estão reunidos os enunciados que expõem normas de estrutura dirigidas ao legislador constitucional e infraconstitucional em seu dever de disciplinar as condutas do cidadão e do Estado diante da atividade econômica. Juntem-se a esses enunciados aqueles que estão no preâmbulo constitucional, os que indicam direitos fundamentais e aqueles que permitem identificar os modelos políticos de Estado e de Governo, servindo como suportes teóricos para a construção dos enunciados em estudo.

Seguindo para o subsistema S2 a investigação passa a considerar não mais a literalidade dos enunciados reunidos no plano S1, uma vez que o plano passa a ser o da significação dos enunciados. Portanto, em S2, reúne-se um maior número de enunciados, que podem ser sistematizados da seguinte maneira:

- 1) enunciados que indicam quais foram os valores éticos selecionados pelos legisladores constituintes, dirigidos à atividade econômica e que devem ser preservados nessas relações humanas. Revelam o valor liberdade, o valor justiça, o valor igualdade, o valor dignidade. Pode-se

verificar se tais valores autônomos constam expressamente dos enunciados que compõem o preâmbulo da Constituição e estão irradiando seus efeitos também para a ordem econômica;

2) enunciados que indicam outra categoria de valores classificados por Hessen (2001, p.92) em valores sensíveis, a exemplo dos valores de utilidade, também chamados de valores econômicos, reunidos na categoria daqueles que se destacam por satisfazer as necessidades da vida e que são exemplificados por vestuário, comida, bebidas, habitação e outros bens gerados no exercício da atividade econômica. Embora não identificados de modo expresso, tais valores são decorrentes da atividade econômica, que se agrupam em torno do consumismo, do poder econômico, da propriedade privada;

3) enunciados que indicam as vigas dos modelos econômicos liberais e neoliberais que se fazem presente contemporaneamente no texto constitucional. Esses modelos têm raízes no século XVIII, ocasião em que se propagou o conjunto de idéias reunidas sob a denominação de liberalismo. Esse paradigma político influenciou a adoção de planejamento, planos e políticas econômicas ao longo de aproximadamente duzentos anos. Mostrou-se imperfeito diante de crises e de necessidade de soluções para a convivência humana. Tais imperfeições podem ser apontadas, na atualidade, em vários temas, destacando-se: na ordem do liberalismo político, propagou-se o modelo do Estado mínimo e, constatou-se, que esse Estado foi insuficiente para proteger cidadãos, não lhes garantindo direitos fundamentais; na ordem social, foi incapaz de apresentar respostas concretas para diminuir a pobreza, o desemprego; na ordem ecológica, comprovou-se o desequilíbrio ambiental provocado por um modelo de desenvolvimento econômico equivocados; na ordem econômica, consolidaram-se as concentrações do poder econômico.

Em busca de superação dos fracassos do Liberalismo, (ausência do Estado, privilégios, concentração de poder econômico) pode-se constatar a partir do texto constitucional brasileiro de 1988, expõe, em linguagem escrita, que se pretendem avanços. Para tanto, indica caminhos a serem considerados pelos governos para implementar ações concretizadoras dos planejamentos e planos econômicos do Estado brasileiro. Tais enunciados constitucionais, ao serem interpretados, devem ser analisados pelo intérprete, à luz de um contexto histórico de exclusões humanas e que não devem ser repetidas.

A partir dos dois subsistemas anteriores, será possível reunir um outro grupo de proposições, formando o subsistema S3, no qual estarão indicadas:

- 1) as proposições estimativas independentemente de estrutura normativa, portanto, não serão normas jurídicas em sentido estrito;
- 2) a proposições que são as normas jurídicas de posição privilegiada portadoras de valores expressivos;
- 3) as proposições que são as normas jurídicas de posição privilegiada portadoras de limites objetivos.

Sem a pretensão de exaurir a análise dos enunciados reunidos no capítulo I do título da ordem econômica, a sistematização proposta no parágrafo anterior, pode ser assim utilizada:

ENUNCIADOS QUE PERMITEM CONSTRUIR PROPOSIÇÕES
INDICATIVAS DE VALORES JURÍDICO-ECONÔMICOS,
EM POSIÇÃO PRIVILEGIADA, CONSIDERADOS
INDEPENDENTEMENTE DA ESTRUTURA NORMATIVA

Tais proposições podem ser identificadas a partir de enunciados que indicam valores constitucionais dirigidos às relações econômicas:

a dignidade; a liberdade; a igualdade; a justiça social. São valores autônomos, irradiantes, que servem de suporte para outros valores. Podem ser identificados a partir de enunciados como aqueles do Art. 170, *caput* da Constituição Federal e dos demais artigos que compõem o texto constitucional em análise:

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

Dessa maneira, é correto construir as seguintes proposições estimativas de posição privilegiada:

- a) A ordem econômica no Brasil deverá ser implantada e incrementada de modo a positivar condutas de Governo e da iniciativa privada que realizem o **valor da dignidade** da pessoa humana.
- b) A ordem econômica no Brasil deverá ser implantada e incrementada de modo a positivar condutas de Governo e da iniciativa privada que viabilizem o **valor da liberdade** humana.
- c) A ordem econômica no Brasil deverá ser implantada e incrementada de modo a positivar condutas de Governo e da iniciativa privada que consolide o **valor da igualdade** humana.
- d) A ordem econômica no Brasil deverá ser implantada e incrementada de modo a positivar condutas de Governo e

da iniciativa privada que possibilite, concretamente, **o valor da justiça** social.

Ao ser deflagrado o processo jurídico de positivação, produzindo-se normas que têm por destinatários sujeitos atuantes na atividade econômica, os órgãos estatais, em suas funções típicas, devem atentar para que, no plano das relações humanas, os valores sejam realizados. Ao decidir entre as condutas que pretendem juridicizar, devem optar por àquelas que concretamente preservem tais valores econômico-constitucionais.

Conforme já exposto, esses enunciados não autorizam a construção de uma norma jurídica com a estrutura sintática proposta, que seria a norma em sentido estrito. No entanto, expõem os valores a serem realizados diante das relações econômicas por ocasião da efetiva atuação pública ou privada. A partir da leitura desses enunciados, permite-se afirmar que não expõem direitos subjetivos em sentido estrito, mas sim indicam interesses jurídicos de relevância constitucional e, portanto, dotados de normatividade em sentido amplo.

ENUNCIADOS QUE PERMITEM CONSTRUIR
NORMAS JURÍDICAS DE POSIÇÃO PRIVILEGIADA
PORTADORAS DE VALORES EXPRESSIVOS DE
NATUREZA JURÍDICO-ECONÔMICOS

Várias normas jurídicas classificadas como normas jurídicas de posição privilegiada e portadora de valores expressivos podem ser construídas tendo como fonte os enunciados reunidos da ordem econômica. Essa construção deve ser feita em linguagem a partir da seguinte estru-

tura “**se** um fato jurídico, **então** se instala uma relação jurídica” e “**se** a antijuridicidade **então** se instala uma relação jurídica sancionatória”.

As normas jurídicas de posição privilegiada, portadora de valor expressivo, devem ser consideradas como fundamentos para planejamento, planos e políticas econômicas dos Governos, pois suas determinações foram decididas no momento da edificação do Estado brasileiro. Assim, todos os governos que se sucederão ao ano de 1988, não terão permissão constitucional para optar por planejamentos, planos e políticas econômicas que não positivem os valores na percepção indicada no texto constitucional:

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

“**se** o trabalho humano é reconhecido como bem jurídico-econômico, **então**, deve ser a valorização do trabalho humano” e “**se** constatar a desvalorização do trabalho humano, **então**, deve ser a sanção jurídica de inconstitucionalidade”

Essa norma constitucional reconhece o trabalho humano como um fato jurídico-econômico e a ele vincula uma relação jurídica em que o direito e o dever têm por objeto a valorização do trabalho humano. É norma que traduz um valor expressivo, a valorização o trabalho humano. Esse é um valor que indica um momento de positivação do valor dignidade da pessoa humana, na acepção de que a conduta do trabalho dignifica a pessoa.

Esse é o direito material constitucional. Dessa forma, ao continuar o processo de produção de normas jurídicas, processo já deflagrado pelo legislador constituinte, o legislador deverá produzir normas de modo a proporcionar direitos subjetivos à concretização deste valor, por exemplo: o direito ao trabalho; direito ao trabalho necessariamente remunerado; direito à remuneração do trabalho, em montante mínimo, que possibilite satisfazer os denominados valores hedônicos, utilitaristas, sensíveis, realizáveis por meio do vestir, alimentar, habitar, enfim, aqueles já declinados no Art.6º, IV da Constituição Federal.

A antijuridicidade estará presente diante de norma jurídica infraconstitucional que não viabilize o direito subjetivo ao trabalho humano ou que provoque sua desvalorização. Esses são os desvalores. A sanção jurídica a ser indicada é a de declaração de inconstitucionalidade da norma infraconstitucional que não positivar os direitos materiais apontados em nível constitucional.

Percebe-se que as palavras contidas nos enunciados do Art. 170 em análise, continuam com certa indeterminação, mas, em menor grau se comparada à palavra que expressa o valor dignidade. Assim, é dever do Estado continuar a produção de normas para viabilizar esses valores.

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

(...)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

“**se** a liberdade econômica é reconhecida como um bem jurídico-econômico, **então**, o deve ser a livre iniciativa “ e “ **se** há impedimentos ao exercício de atividades econômicas, **então**, deve ser a sanção jurídica de inconstitucionalidade”.

Essa norma confirma a positivação dos ideais do liberalismo econômico, presente no ordenamento jurídico-constitucional com suas vigas mestras, entre elas, o ideal da liberdade (liberalismo político), na acepção da liberdade econômica. A relação jurídica conseqüente desse fato jurídico-econômico é o dever e o direito à liberdade para exercício de quaisquer atividades econômicas. Esse direito à livre iniciativa é uma das formas de manifestação do valor liberdade econômica nas relações econômicas.

A antijuridicidade será o descumprimento do dever de permitir a livre iniciativa, ou seja, o exercício de atividade econômica. Não é permitido impedir o exercício de condutas que vivenciem o valor liberdade nessa percepção. A sanção será a declaração de inconstitucionalidade.

Os enunciados reunidos no parágrafo único do artigo em análise indicam, também, que o legislador infraconstitucional, ao continuar a positivação deste direito, poderá impor limitações às atividades econômicas. O limite dessa intervenção é não inviabilizá-las. As restrições se justificam para a realização de outros valores ou normas constitucionais portadoras de valores expressivos.

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

se o mercado interno é patrimônio nacional, reconhecido como um bem-jurídico, **então**, deve-se viabilizar o desenvolvimento sócio-econômico” e “**se** não se viabilizar o desenvolvimento sócio-econômico, **então**, autoriza-se a sanção jurídica de inconstitucionalidade.

O texto do direito positivo permite construir a norma constitucional que impõe aos governos o dever de cuidar do mercado interno, uma vez que é reconhecido como patrimônio nacional. Dessa forma, os governos têm o dever de utilizá-lo e de intervir para promover, também, o desenvolvimento sócio-econômico. Os órgãos governamentais, no desempenho dessas atribuições, entre elas as de planejamento, planos e políticas econômicas, de incentivo, de fiscalização das atividades econômicas, necessariamente, devem atuar para alcançar índices técnicos sócio-econômicos que demonstrem o desenvolvimento sócio-econômico.

Será antijurídico, por exemplo, a intervenção do Estado no mercado interno, por meio de normas jurídicas, bem como por ações econômicas de planejamentos, planos, políticas governamentais que não realizem a opção do Estado brasileiro pelo desenvolvimento sócio-econômico. A sanção será a declaração de inconstitucionalidade.

Art. 23 (...)

Parágrafo único. Lei complementar fixará normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

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

(...)

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

(...)

“**se** é atribuição da União de cuidar dos interesses nacionais, **então**, deve ser o dever de desempenhar as atribuições no âmbito econômico para promover o desenvolvimento econômico equilibrado em âmbito nacional” e “**se** constatado desenvolvimento econômico desigual entre os entes federados, **então**, deve ser a sanção jurídica de inconstitucionalidade”.

Essa norma positiva, uma das percepções do valor da igualdade identificável, também, no modelo Federal de Estado. A União tem atribuições no plano interno de zelar pelos interesses nacionais, deve promover ações para o desenvolvimento equilibrado entre as regiões da federação brasileira onde estão reunidos os Estados membros e Municípios.

Assim, realiza-se um dos valores constitucionais indicados na ordem econômica: o desenvolvimento nacional equilibrado.

Há outros valores que o modelo federativo possibilita realizar: o valor da cooperação que deve haver entre os entes federados, para alcançar o desenvolvimento econômico. Ao se alcançar este objetivo, concretiza-se, o federalismo de equilíbrio.

A antijuridicidade será produzir norma infraconstitucional ou ações de governo sócio-econômicas que não possibilitem um desenvolvimento econômico regional equiparado à determinação constitucional. A sanção será a declaração de inconstitucionalidade.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

(...)

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

(...)

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

(...)

“**se** o meio ambiente é reconhecido como um bem jurídico-econômico, **então**, deve **ser** medidas de preservação do meio ambiente diante das atividades econômicas“ e “ **se** for comprovada a ausência ou insuficiência de medidas de preservação ambiental dirigidas à atividade econômica, **então**, deve ser a sanção jurídica de inconstitucionalidade”

O meio ambiente é bem jurídico de propriedade pública, tutelado por meio dos instrumentos jurídicos de defesa dos direitos transindividuais. Nessa condição jurídica, deve ser preservado das possíveis agressões, inclusive, daquelas decorrentes do exercício da atividade

econômica. Esse é um dever que pode ser cumprido por meio da definição normativa de índices ou mecanismos técnicos preservacionistas, apresentados por estudiosos do meio ambiente. O dever tem de ser cumprido para possibilitar a convivência pacífica do exercício da atividade econômica (livre iniciativa) com a segurança ambiental.

A antijuridicidade será a omissão do Estado em legislar ou legislar definindo cuidados insuficientes para a preservação ambiental. A sanção será a declaração de inconstitucionalidade.

A interpretação dos artigos mencionados permite construir outra norma jurídica, que impõe ao Estado assegurar tratamento diferenciado entre as atividades econômicas, conforme seja o grau de agressão que possa causar ao meio ambiente. É a positivação do valor igualdade diante de atividades econômicas que causem mais ou menos impacto ambiental. É imposição constitucional de dever do Estado garantindo direito subjetivo para aqueles que exercem atividade econômica e que se preocupam em tomar atitudes de preservação.

NORMAS JURÍDICAS DE POSIÇÃO PRIVILEGIADA PORTADORAS DE LIMITES OBJETIVOS

A norma jurídica de posição privilegiada que estipula limite objetivo, salientou-se, tem a mesma estrutura sintática da norma jurídica acima apresentada. Diferencia-se no aspecto de que o legislador constitucional indica os limites objetivos, mais precisos, a serem considerados para o conteúdo das normas que poderão vir a compor o sistema jurídico por meio da positivação. A norma jurídica em análise também vincula a produção normativa e, se comparada à norma jurídica de valor expressivo, há uma diminuição do grau de discricionariedade para o legislador na época da positivação.

A partir dos enunciados constitucionais transcritos será possível construir várias normas jurídicas, destaquem-se as seguintes, construídas para o destinatário ente federado União. Elas podem ser construídas para os demais entes federados, tendo em vista a determinação constitucional da competência concorrente, nos termos do Art. 24, I da Constituição Federal:

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

(...)

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileira e que tenham sua sede e administração no País.

(...)

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

“**se** é atribuição da União promover a igualdade material entre as empresas que atuam na atividade econômica, **então**, deve ser o dever de viabilizar categorias diferenciadas de empresas ” e “ **se** houver o descumprimento do dever de promover esta

igualdade material , **então**, deve ser a sanção de declaração de inconstitucionalidade ”

“**se** há tratamento legislativo diferenciado entre as empresas que atuam na atividade econômica, **então**, deve ser o dever de considerar critérios patrimoniais ou econômico-financeiros para garantir tratamento diferenciado ” e “ **se** forem desconsiderados os critérios discriminatório constitucionais, **então**, deve ser a sanção de declaração de inconstitucionalidade”

Tais enunciados permitem construir norma constitucional indiciativa de uma vinculação objetiva ao legislador que tem o dever de continuar o processo legislativo, para viabilizar direitos constitucionais da ordem econômica. É possível construir duas normas jurídicas, conforme exposto. Uma delas indica o dever de classificar por categoria as empresas e a outra o dever de considerar critérios patrimoniais ou econômico-financeiros para esta classificação. Essa afirmação se fundamenta nos enunciados do artigo em análise associado ao Art. 179 da Constituição Federal.

O legislador constituinte determinou que fosse garantido tratamento diferenciado entre as empresas, qualificando-as como de pequeno porte ou microempresas. A definição indica o único critério discriminatório constitucionalmente admitido, qual seja: o de pequena expressão econômica, que pode ser dimensionado por indicadores de natureza patrimonial, faturamento, lucro. Assim, estão expostos os limites objetivos dos deveres da União: classificar as empresas e recorrer ao critério constitucional.

As antijuridicidades estarão configuradas diante da omissão em classificar as empresas ou utilizar critérios discriminatórios não indicados de modo expresso ou implícito pelos enunciados constitucionais. A sanção será a declaração de inconstitucionalidade pela omissão ou por selecionar outros critérios para a classificação.

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

“**se** é atribuição da União promover tratamento diferenciado às empresas na categoria de microempresas e empresas de pequeno, **então**, devem ser medidas de tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, tais como: incentivos; simplificações, reduções ou eliminações de obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias ou creditícias“ e “**se** constada a ausência de tratamento diferenciado às microempresas ou empresas de pequeno porte nos limites indicados, **então**, deve ser a sanção jurídica de inconstitucionalidade”

Os enunciados do Art. 179 permitem construir a norma jurídica que indica, objetivamente, quais devem ser os tratamentos diferenciados mínimos para as empresas de pequeno porte ou microempresas: conceder incentivos para estimular a organização empresarial nesta categoria. Os incentivos são:

- simplificações por ocasião da constituição jurídica, no tratamento diante dos registros públicos, de acessos eletrônicos facilitadores destes objetivos;

- sistemas simplificados diante dos deveres instrumentais de ordem tributária; tratamento tributário mediante bases de cálculos estimadas permitindo a opção para base de cálculo real, uma vez que ela mede a capacidade contributiva;

- crédito a custos mais acessíveis.

Enfim, há determinação constitucional do tratamento mínimo que deve ser garantido, pelo Estado, para estas empresas. A antijuridicidade será a omissão da União em não deflagrar o processo para viabilizar, por meio de lei, tratamento especial mínimo. A sanção será a declaração de omissão inconstitucional diante da ausência dos incentivos ou pela omissão diante da garantia aos incentivos indicados.

O DEVER DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA POR MEIO DA FUNÇÃO NORMATIVA

Considerando-se o texto constitucional que trata da ordem econômica é possível afirmar que foram positivadas as idéias do liberalismo econômico contemporâneo, denominado de modelo econômico neoliberal. Este modelo admite a intervenção estatal no âmbito econômico. Tal como os mecanismos do liberalismo político e econômico, o neoliberalismo recorre ao suporte constitucional para definir os limites da presença do Estado nas relações privadas. Lembra o Prof. Vilanova (2000, p.259), que “(...) o *quantum* de Estado dentro da órbita social é uma variável histórica.” Dessa maneira, a intervenção, conforme Nudseo (2001) passa a ser um fato político (decisão) e um fato jurídico (institucionalização da intervenção).

Analisando-se, exclusivamente, os enunciados que compõem o artigo 174 da Constituição Federal, a intervenção nas relações econômicas está autorizada por intermédio da produção de normas de controle e de incentivo à atividade econômica; de ações administrativas de fiscalização denominadas, em sentido estrito, de exercício do poder de polícia; de intervenção para o desenvolvimento sócio-econômico do Estado, conforme as diretrizes que constam em planejamentos econômicos, em normas reunidas sob o título de planos econômicos e em ações que compõem a política econômica.

Os instrumentos citados, disponíveis para o Estado, devem ter por finalidade realizar os valores e normas que compõem a ordem jurídica constitucional. O grau dessa intervenção é uma decisão política e depende, portanto, da ideologia (tábua de valores) de quem está com o poder político. O reconhecimento do dever de intervir e o conteúdo da intervenção são questões jurídicas de nível constitucional.

A opção do legislador constituinte ao positivar o modelo econômico neoliberal foi respaldada por um processo de captação em processo político que ocorreu em 1988. Então, se reconheceu que, o modelo econômico liberal tradicional, que reuniu as idéias voltadas a viabilizar o funcionamento do mercado com abstenção do Estado, foi incapaz de lidar com as complexidades das relações humanas.

Os defensores do modelo de um Estado mínimo expulsaram-no para não intervir nas relações econômicas. Constatou-se que o liberalismo econômico, em aproximadamente 200 anos de influências no mecanismo das economias acidentais, trouxe avanços tecnológicos, mas, retrocessos políticos e sociais. Entre as falhas apontadas por Nudseo (2001, p.123-133), podem ser destacadas: não saber tratar com as mobilidades de fatores econômicos, como os ciclos de prosperidade e depressão econômica; não garantir acesso às informações de relevante

interesse econômico, cuja falta ou insuficiência privilegiava poucos e prejudicavam a maioria daqueles que atuam ou dependem do mercado; não conseguir evitar a concentração do poder econômico, que deflagra inúmeras conseqüências danosas às relações humanas e políticas; não contornar as externalidades negativas da atividade econômica, que causam custos, por vezes irreparáveis a outros, entre elas, a degradação ambiental. As falhas apontadas serviram de referência teórica para um modelo econômico que passaria a aceitar o Estado na economia.

A autorização constitucional para intervenção do Estado no domínio econômico é o reconhecimento de que o poder estatal pode enfrentar o poder econômico e que as incapacidades do liberalismo econômico não tiveram como causa a presença do Estado, pois, nesse modelo, ele não era interventor. Atualmente, com o poder de dominação de que é titular, o Estado deve cumprir com suas atribuições de intervir por meio do processo de produção de normas, indicando condutas jurídicas obrigatórias, permitidas ou proibidas, que realizem os valores do modelo econômico constitucional.

O modelo econômico registrado em nível constitucional a partir de 1988 reúne valores, normas de valores expressivos e limites objetivos, alguns dos quais foram apresentados nesta pesquisa. Os valores e normas constitucionais estão à espera do processo de positivação, para alcançar o patamar das relações humana, e serem realizados.

Dentre os valores jurídico-econômicos, destacou-se a dignidade, a liberdade, a igualdade, a justiça social, que devem ser fundamento para futura produção de normas, bem como para os planejamentos econômicos, planos econômicos, políticas econômicas e ações da iniciativa privada. A percepção contemporânea desses valores e a indicação do caminho para sua realização devem ser localizadas nos enunciados constitucionais. Tais valores estão no contexto da ordem jurídica

constitucional e são instrumentos para ponderação, diante da tarefa de interpretação constitucional.

As normas constitucionais portadoras de valor expressivo apresentadas precisam da atuação do Estado para alcançar o patamar das condutas humanas. É o dever de intervir por meio das atribuições normativas e delimitar quais condutas jurídicas de fazer ou não fazer que, neste momento do Estado e da vida dos cidadãos, realizem a valorização do trabalho humano; que viabilizem a livre iniciativa; que promovam o desenvolvimento sócio-econômico; que preservem o meio ambiente.

Diante das normas indicadas, também deve acontecer o processo de positivação, ou seja, o Estado tem o dever de produzir normas para possibilitar a igualdade material entre as empresas que atuam na atividade econômica, garantindo tratamento jurídico diferenciado, no mínimo, para obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias ou creditícias, além de incentivos.

A fiscalização da atribuição constitucional de intervenção do Estado, por meio da função normativa, pode ocorrer tanto quando há efetiva produção de normas, quanto diante da omissão estatal. Na primeira hipótese tem-se:

a) o controle de constitucionalidade das normas contidas em Leis de intervenção no domínio econômico que têm por destinatários os sujeitos, inclusive o Estado, as quais atuam na atividade econômica ou dela dependem;

b) o controle de legalidade dos atos administrativos regulamentares das Leis que contêm normas de intervenção no domínio econômico;

c) o controle de legalidade dos atos administrativos que contém normas concretas e individuais produzidas no exercício do poder de polícia em sentido estrito.

A antijuridicidade diante da omissão estatal face ao dever de desempenhar a atribuição normativa, ou seja, não cumprir o dever de continuar o processo de positivação diante das normas constitucionais indicadas neste estudo viabiliza o direito subjetivo de ação para aplicar a sanção de inconstitucionalidade por omissão. Para tal finalidade, indica-se a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo destes estudos foi apontar mais um caminho para a interpretação constitucional da Ordem Econômica. Quer-se demonstrar que os enunciados constitucionais indicam valores e normas jurídicas à espera do processo de positivação e, assim, alcançar o patamar das relações humanas, uma vez que, esse é o nível na qual se pode constatar a efetividade do Direito.

Para a interpretação constitucional, deve-se levar em conta um permanente processo de conciliação de interesses, portanto, de diálogo entre as forças políticas, legitimadas conforme o modelo democrático nacional. A interpretação exige a compreensão dos sentidos, das significações, que são extraídas dos enunciados constitucionais. Neles estão registradas as opções do modelo econômico escolhido para o Estado brasileiro, em 1988.

É perceptível a opção pelo neoliberalismo. Essa versão do liberalismo recolhe o Estado que havia sido expulso das relações que ocorrem no plano da economia. O grau de intervenção é uma decisão política. A intervenção é um fato jurídico-constitucional. Nessa condição,

deflagra a relação jurídica impondo a necessidade de intervenção do Estado. A participação estatal é para realizar os valores e cumprir com os deveres indicados em normas, os quais compõem o regime jurídico-econômico constitucional.

Nesta pesquisa, buscou-se enaltecer o dever imposto ao Estado de intervir nas relações econômicas, em uma de suas atribuições: produzir normas nos níveis constitucional, legal ou infralegal. O fundamento da interpretação está na concepção de que: no ordenamento jurídico, há normas de estrutura e normas de comportamento; que somente essas é que alcançam o nível do concreto e do individual, na qual a efetividade do Direito é perceptível. Para alcançar esse nível da vivência humana, nos termos constitucionais, há um percurso a percorrer que é o da positivação, este processo que possibilita a dinâmica do Direito e, assim, capta as mudanças e as percepções dos valores jurídicos que a sociedade, em determinado momento, quer viver.

A intervenção do Estado, por meio da função normativa, deve ser para indicar as condutas permitidas, proibidas, obrigatórias que promovam, por exemplo, o direito ao trabalho e à valorização do trabalho humano; o direito à liberdade para atividades econômicas; o direito ao desenvolvimento sócio-econômico; o direito ao desenvolvimento sócio-econômico equilibrado entre os Estados-membros e Municípios; o direito de que o meio ambiente seja preservado; o direito de que se criem as categorias de empresas de pequeno porte ou microempresas; o direito destas empresas terem tratamento diferenciado, de incentivo, na seara tributária, previdenciária, administrativa.

Somente com a intervenção estatal será possível enfrentar as deficiências constatadas no longo período em que o modelo do liberalismo econômico se fez presente nas relações econômicas. Se assim é, então, a intervenção é um dever. O seu descumprimento é antijuridicidade.

A sanção é a mais grave que há no ordenamento jurídico: omissão inconstitucional. Indica-se como sendo a sanção mais grave, pois, a omissão é a não viabilização dos valores jurídicos; é a não construção do modelo de Estado e de Governo que o povo escolheu; é o desrespeito, pelos governos, das decisões fundamentais de uma nação.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. **Interpretacion de la Constitución y ordenamento jurídico**. Madrid: Tecnos, 1997.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**: limites, possibilidades da Constituição Brasileira. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BUENO, Cássio Scarpinella. **Inafastabilidade do controle judicial da administração**. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). **Direito Processual Público**: a fazenda pública em juízo. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. “Proposta de modelo interpretativo para o Direito Tributário”. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n.70, p.40-50, 1998.
- ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Batista Machado. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- FERRARI, Nery Regina M. **Normas constitucionais programática**: normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a faticidade e a validade. v. 1 Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HESSSEN, Johannes. **Filosofia dos valores**. Trad. L. Cabral Moncada. Coimbra: Almedina, 2001.
- KALINOWSKI, George. **Introducion a la lógica jurídica**. Buenos Aires: Editora Universitária, sd.
- LUCAS VERDÚ, Pablo. **Teoría general de las relaciones constitucionales**. Madrid: Dykinson, 2000.

- NEVES, Marcelo. **A Constituição Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: introdução ao direito econômico. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PIETRO SANCHÍS, Luis. **Ley, principio, derecho**. Madrid: Dykison, 1998.
- REALE, Miguel. **Introdução à Filosofia**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema de Direito Positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- _____. **Causalidade e relação no Direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

A CONFLITUOSIDADE AMBIENTAL DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Paulo Roberto Pereira de SOUZA

Vivemos período de grandes perplexidades. Com efeito, o mundo experimenta, como nunca, uma grande quebra de paradigmas. Novas e complexas demandas da sociedade exigem uma revisão profunda nos padrões de produção e consumo. O homem, neste início de século, está enfrentando, talvez, o seu maior desafio: atender a todas as necessidades que ele mesmo criou, compatibilizando as atividades econômicas com a preservação da vida com qualidade.

A população mundial cresce de forma assustadora e o mais grave: o crescimento vem ocorrendo em cidades e países do terceiro mundo. Estudos recentes da Organização das Nações Unidas – ONU mostram que a população mundial atingiu 6,5 bilhões de habitantes, tendo crescido 1 bilhão de habitantes em relação a 1993, podendo chegar aos 7 bilhões em 2012 e a 9 bilhões em 2050.¹ O mesmo relatório, realizado com base em estudos da Divisão de População da ONU, analisando tamanho da população e crescimento demográfico, concluiu que as pessoas estão trocando as zonas rurais pelos centros urbanos e mais:

(...) a população urbana representará metade da população mundial em 2007. Prevê-se que o número de habitantes das

1 Centro de Notícias da ONU, disponível em: <http://www.un.org/av/radio/portuguese/population>. Acesso em: 28 fev. 2007.

idades, que hoje é de 3,2 mil milhões, aumente para cerca de 5 mil milhões em 2030.

As “aglomerações urbanas” – Tóquio, Cidade do México, Nova Iorque-Newark, São Paulo e Dehli – têm mais de 15 milhões de habitantes cada uma, diz o relatório, que acrescenta, no entanto, que a maioria dos habitantes de centros urbanos vive em cidades com menos de meio milhão de habitantes.²

Nas últimas décadas, o problema ambiental assumiu proporções alarmantes, comprometendo seriamente a vida e a qualidade de vida em inúmeras partes do mundo e chegando, mesmo, a ameaçar a sobrevivência de pessoas, de espécies animais e vegetais. O estudo da ONU nos fornece outra informação assustadora cerca de 175 milhões de pessoas vivem fora dos seus países de origem.³

O grave estado de degradação ambiental que tomou conta de boa parte do planeta passou a exigir, de inúmeros profissionais, uma ação integrada com o objetivo de diminuir e, quando possível, eliminar os impactos que a atividade humana tem causado ao meio ambiente.

A imensa população do planeta necessita de bens para atender suas necessidade. Isso eleva a pressão sobre os recursos naturais, especialmente produção de alimentos, bens de consumo e aumenta crescentemente a demanda por energia.

Nas últimas décadas, grandes questões surgiram envolvendo meio ambiente e qualidade de vida. Desastres ecológicos, mudança no clima, desaparecimento de espécies animais e vegetais, poluição em ní-

2 Op. cit.

3 Idem.

veis assustadoramente crescentes, comprometeram a qualidade de vida e, até mesmo, ameaçaram a vida em algumas partes da Terra.

O que fazer? Frear e parar o crescimento? Diminuir a urbanização, voltando para a roça? Fechar fábricas? Proibir novas fronteiras agrícolas? Impedir o avanço tecnológico?

Essas são algumas das inúmeras questões que surgiram e das quais se chegou a uma séria constatação: o ser humano não abre mão dos confortos da vida moderna como viver nas cidades, usar automóveis, usufruir os benefícios da energia elétrica, da calefação nas regiões frias, do consumo de massa. Por isso, profissionais de várias áreas foram desafiados a enfrentar a nova realidade buscando soluções para o problema.

O Direito e a Economia sempre andaram em linhas paralelas, daquelas que não se encontram nunca, nem no céu, uma vez que têm princípios, objetos e valores diferentes. O Direito, ciência que busca aplicar a lei, solucionando conflitos que ameaçam a paz social. A economia, ciência dos valores, que cuida da geração, circulação e distribuição de riquezas.

Para enfrentar a questão ambiental o Direito e a Economia tiveram que superar suas diferenças e, se unir para buscar a conciliação entre desenvolvimento e preservação da qualidade ambiental como base do direito constitucional à vida com qualidade.

Assim, nasceram o Direito Ambiental e a denominada Economia Ecológica, ramos do saber preocupado com a construção da sociedade sustentável.

O presente trabalho tem por objetivo proceder a uma análise dos conflitos existentes entre o desenvolvimento econômico e a garantia do preceito constitucional que garantem a todos o direito à vida com qualidade.

A CONSTRUÇÃO DO MODELO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL

Diante dos inúmeros sinais de alerta enviados pela natureza, no final do século passado, a sociedade mundial começou a tomar consciência da gravidade do problema ambiental. Inúmeras iniciativas, dentre elas a destacada Conferência Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, promovida pelas Nações Unidas, denominada RIO-92, produziram diretrizes e orientações para a construção de um novo modelo econômico.

Sai de cena a idéia de desenvolvimento a qualquer preço e assume destaque a idéia do desenvolvimento sustentável.

O novo modelo une profissionais de diversas áreas na formação da nova realidade econômica e a conscientização ambiental exige uma nova postura da sociedade.

O meio ambiente que até aqui vinha sendo tratado pelas ciências naturais, passa a ser analisado sob um ponto de vista de uma visão multidisciplinar, exigindo de juristas, economistas, pedagogos, sociólogos, psicólogos, arquitetos, urbanistas, economistas e formuladores de políticas públicas uma nova postura e um novo enfoque no trato da questão ambiental.

O problema do meio ambiente, portanto, não pode ser analisado apenas no aspecto biológico, apresentando múltiplas manifestações.

Os danos provocados ao meio ambiente natural poderão decorrer de:

- a) contaminação e má-gestão dos recursos hídricos e dos recursos atmosféricos;
- b) contaminação, degradação, desfiguração e má gestão dos campos, das terras cultiváveis e da paisagem;

- c) contaminação e deterioração das superfícies sólidas dos produtos alimentícios e dos organismos em geral, incluindo a deterioração da superfície das construções;
- d) defeituosa utilização e gestão dos recursos minerais e minerais;
- e) contaminação visual das paisagens;
- f) perturbações decorrentes dos ruídos e vibrações;
- g) a concentração urbana e a desfiguração das cidades;
- h) o uso predatório dos recursos naturais não-renováveis;
- i) a necessidade de formulação de programas de educação ambiental.

Essa enumeração de problemas, por si só, demonstra a multiplicidade de aspectos que envolvem a questão ambiental, analisados de variadas perspectivas, por diferentes profissionais. Podemos enumerar biólogos, químicos, urbanistas, médicos, sociólogos, administradores, engenheiros dos mais diversos ramos, psicólogos, agrônomos, pedagogos, economistas e juristas, entre outros.

A visão holística sobre a questão ambiental exige a formulação de novos conceitos e formas de atuação na proteção do meio ambiente. A matéria, tradicionalmente objeto das ciências naturais, passa a merecer os interesses dos diversos profissionais.

Hoje, não podemos mais conceituar ecologia apenas como o estudo dos seres vivos em suas relações com seu meio físico. Antes de tudo, a ecologia deve ser pensada sob o viés da previsão de conseqüências. Devemos adotar uma visão sistêmica e um pensamento holístico considerando o todo, avaliando todas as possibilidades.

Os biólogos, os químicos e os diversos engenheiros poderão propor a visão ideal dos indicadores e padrões para a vida sustentável e

para a vida com qualidade. Os urbanistas deverão estudar e propor alternativas para uma relação adequada do homem com o lugar onde vive: zoneamento, limitações de uso, determinação de bens de uso comum do povo. Devem, enfim, buscar a habitabilidade das cidades de maneira a proporcionar ao homem uma qualidade de vida sadia em um meio ambiente equilibrado.

Os médicos e psicólogos têm importante missão de estudar e demonstrar todo o impacto das doenças da poluição, e todos os danos provocados pela degradação ambiental no ser humano. Aos administradores fica a tarefa de propor alternativas para o adequado gerenciamento ambiental e monitoramento das empresas, assim como orientar e discutir a formulação das políticas macro dos Estados de maneira geral.

Aos profissionais das ciências da terra – agronomia, zootecnia, veterinária – cabe a missão de buscar alternativas de uso sustentável da terra, de difundir a educação ambiental e orientar produtores rurais na preservação do meio ambiente.

A educação ambiental apresenta-se como uma das grandes alternativas para a formação de gerações futuras, abrindo-se um grande espaço ao pedagogo que, juntamente com o sociólogo, deverá orientar especialmente as crianças inserindo nas consciências o meio ambiente como um valor a ser preservado por toda a população.

Os economistas já não podem ver a ciência econômica apenas como a ciência da geração e distribuição de riquezas, isenta de cuidados com os impactos, conseqüências e efeitos da atividade econômica sobre o homem e o meio que o cerca. A nova ciência econômica também denominada economia ecológica, é fortemente influenciada pela ética ambiental.

A introdução do conceito de desenvolvimento sustentado traz, para o economista moderno, a preocupação constante de desenvolver

a atividade econômica sem comprometer a vida das gerações futuras. Foi-se o tempo em que se disse que onde começa a economia termina a ética. Agora a economia ecológica passa a incorporar valores e considerar as externalidades do processo produtivo.

O conceito de externalidades, formulado por Pigou, em 1920, só recentemente foi associado à questão ambiental, interferindo, por exemplo, na análise e na previsão dos custos e benefícios. Acentuou-se a queda da qualidade ambiental e, os custos de despoluição começaram a ter valores expressivos.

Segundo Dalia Maimon: ⁴

(...) as externalidades manifestam-se quando os preços de mercado não incorporam completamente os custos e benefícios dos agentes econômicos, sendo, portanto, manifestação da falha do mercado, uma vez que o sistema de preços deixa de organizar a economia de uma forma socialmente **ótima**, ou seja, os custos privados são distintos dos custos sociais.⁵ A maximização do bem estar no regime de mercado competitivo não incorpora a deterioração ambiental e o esgotamento dos recursos pois estes são de propriedade coletiva. Assim a otimização econômica convencional implica na maximização dos lucros privados e na socialização dos problemas ecológicos e sociais. (destaque da autora)

⁴ **Ensaio sobre Economia do Meio Ambiente**, p. 26-27.

⁵ Exemplificando, o ar sendo um bem coletivo, a poluição atmosférica de uma determinada indústria – a externalidade, não incide diretamente sobre a sua estrutura de custos, mas sobre a qualidade de vida da população circunvizinha, que pode sofrer de problemas respiratórios e submetida a fortes odores.

Já o jurista, no final de século XX, é desafiado para incorporar-se na construção de um conjunto de normas capazes de tornar efetivas todas as proposições, providências, medidas formuladas por técnicos para a construção de uma sociedade, agora não apenas justa, mas acima de tudo habitável com qualidade.

Há toda uma ordem jurídica, construída com uma forte influência do **direito clássico**, notadamente do **Código de Napoleão**, tutelando fortemente o indivíduo, que é figura central de direitos e poderes jurídicos outorgados na defesa de sua propriedade (direito quase absoluto) e de seus contratos. O desafio do jurista é tanto maior quanto maior for o rompimento com conceitos e valores que tradicionalmente marcaram sua formação e seus princípios. Seu desafio é formular uma nova ordem jurídica, com uma nova concepção do direito subjetivo, dos tipos de tutela e da postura do magistrado face às novas demandas da sociedade.

Já se definindo ante esse desafio, nossa Constituição consagra, ao dedicar um capítulo inteiro à ordem econômica e social, o **princípio da democracia econômica e social** e estabelece, em seu artigo 170, que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

Nos incisos que se seguem ao artigo 170, a Constituição determina sobre a observância de outros importantes princípios, como a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego.

A respeito da matéria, o Prof. José Joaquim Gomes Canotilho⁶ ensina que:

⁶ **Direito Constitucional**, p. 474.

O princípio da democracia econômica e social contém uma imposição obrigatória dirigida aos órgãos de direção política (legislativo e executivo), conformadora, transformadora e planificadora das estruturas sócio-econômicas, de forma a evoluir-se para uma sociedade democrática. O princípio da democracia econômica e social constitui uma autorização constitucional no sentido de o legislador democrático e os outros órgãos encarregados da concretização político-constitucional adotarem as medidas necessárias para a evolução da ordem constitucional sob a ótica de uma **justiça constitucional**, nas vestes de uma **justiça social**. (destaque do autor)

A partir dessa ampla visão, podemos tentar formular uma ciência jurídica para a defesa do meio ambiente que aceite conceitos clássicos do direito administrativo a respeito do licenciamento e do exercício de atividades, do direito absoluto de propriedade, da teoria geral da responsabilidade civil e sua noção subjetivista de culpa, dos conceitos de legitimação para agir do direito processual civil, bem como das tutelas clássicas como formuladas por Calamandrei e até recentemente dominantes em nossa legislação.

Rompendo com o modelo clássico, uma nova concepção de direitos foi formulada, com a criação dos **direitos de terceira dimensão**, elevados ao nível constitucional. Entre eles se insere a tutela ambiental, criando novas categorias de direitos e formas de exercício. Esse **direito ambiental** altera o foco e o centro da tutela jurídica, abandonando uma visão antropocêntrica tradicional do direito, baseada na tutela do sujeito, e cria um **bem de uso comum**, protegido por novas formas de tutela. Não pode ser subjetivado, por ser marcado por uma intensa conflituosidade interna e, por ser um **direito fundamental**, torna-se

indisponível, limitando a esfera de atuação do eventual sujeito que busca a sua tutela.

Nessa modalidade de direito, o sistema jurídico abandona a visão **antropocêntrica** de acordo com o qual o homem é o centro de toda tutela jurisdicional, e adota uma visão **egocêntrica**, passando a tutelar não apenas o indivíduo, mas a **vida em todas as suas formas**.

Na verdade, como ensina Luis Filipe Colaço Antunes,⁷ estamos verdadeiramente diante de uma **revolta do objeto**, onde a natureza, diante das agressões sofridas, reage de maneira tão dura que exige do homem a formulação de novos conceitos econômicos, tecnológicos e jurídicos, para possibilitar a continuidade da vida no planeta, especialmente para as gerações futuras. Essa **revolta do objeto** exige a construção deste novo direito.

E ele está sendo construído neste tempo e neste espaço. O grande desafio consiste não apenas na formulação do novo ramo do direito – o **Direito Ambiental** – mas, acima de tudo, na formatação de mecanismos e meios para torná-lo efetivo e eficaz. Para tanto é fundamental determinar quão efetivas são as normas de proteção ambiental têm efetividade, e mais, assegurar que tenham eficácia para preservar e defender o meio ambiente para a atual e para futuras gerações.

Fiorillo, a propósito do tema conclui que:

(...) se a PNMA protege a vida em todas as suas formas, e não é só o homem que possui vida, então, todos que a possuem são tutelados e protegidos pelo Direito Ambiental. E mais, ainda que não seja vivo, um bem pode ser ambiental na medida que possa ser tal bem essencial à sadia qualidade de vida de outrem, nos moldes do art. 225 da CF,

7 Cf. **O procedimento administrativo de avaliação de impacto ambiental**, p. 95.

lembrando ainda que nada impede que seja ele material ou imaterial.⁸

A propósito da eficácia Norberto Bobbio⁹ ensina que:

(...) o problema da eficácia de uma norma é o problema de determinar se a norma é ou não cumprida pelas pessoas a quem se dirige (os chamados destinatários da norma jurídica) e, no caso de ser violada, que se faça valer com meios coercitivos pela autoridade a tenha imposta.

Não basta a criação de normas nem um discurso público de respeito ao meio ambiente, quando, os governos e governantes e a própria sociedade ignoram solenemente a existência de tais normas e continuam a agredir o meio ambiente.

Espera-se do jurista, neste momento, um papel mais amplo que a simples redação de leis e a propositura de ações. Faz-se necessária uma atuação determinada junto aos governantes e à sociedade civil, para a difusão das normas ambientais e promoção de sua efetividade. O jurista deve aliar-se aos demais profissionais envolvidos na tutela do meio ambiente, a fim de construir a sociedade sustentável.

Nesse sentido, é oportuno lembrar a lição sempre atual de Sérgio Ferraz¹⁰ quando afirma que:

(...) enquanto a técnica não afasta ou elimina a ameaça, cabe ao homem do Direito enquadrá-la no contexto das re-

8 **Manual de Direito Ambiental e legislação aplicável**, p. 47-48.

9 **Teoria geral do Direito**, p. 22.

10 Direito Ecológico, perspectivas e sugestões. **Revista da Consultoria-Geral do Rio Grande do Sul**, v. 2, nº 4, p. 9 e 10.

lações sociais, disciplinando suas condições de seguimento, criando métodos repressivos ou preventivos, regrando, em suma, os comportamentos que se desenvolvem nesse terreno, com fins específicos e altamente importantes: proteger o meio ecológico, compor equilibradamente as necessidades do progresso com as da sobrevivência e ministrar ao homem instrumentos sociais que, defendendo-o dos subprodutos de sua ciência, lhe assegurem a permanência da espécie.

Com efeito, de nada adiantaria o trabalho técnico desenvolvido pelos diversos profissionais, criando padrões, indicadores e parâmetros e estabelecendo limites para a atividade econômica de maneira geral, se não existisse um conjunto de normas eficazes, efetivas, capaz de fazer cessar qualquer conduta nociva ao meio ambiente.

Tal missão, no entanto, vem encontrando dificuldades. É especialmente difícil fazer com que os operadores do direito se conscientizem a respeito dos novos valores jurídicos e das alterações efetivadas pela nova ordem jurídica. Não parece fácil que todos entendam que alguns princípios, conceitos e valores do **sistema clássico** do direito devam ceder lugar a novos, os quais passam a integrar o **microssistema** da tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Essa nova categoria de direitos é a resposta do jurista para a oferta de uma nova tutela jurídica capaz de tornar real o sonho de uma sociedade justa, onde seus membros possam viver em um meio ambiente equilibrado, com sadia qualidade de vida.¹¹

11 O Professor Nelson Nery Júnior, citando Scialoja, registra que a expressão interesses difusos já era conhecida e utilizada pelos romanos. Cf. **Ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos**, p. 49-50.

Embora todos reconheçam que o desenvolvimento é uma meta desejável, nos últimos anos cresceu a preocupação em saber se as limitações ambientais virão a restringi-lo e se o desenvolvimento causará graves danos ao meio ambiente prejudicando a qualidade de vida desta e das futuras gerações.

Conseguir um desenvolvimento sustentado e eqüitativo continua sendo o maior desafio da raça humana.

Apesar do progresso registrado desde a última geração, mais de 1 bilhão de pessoas ainda vive em extrema pobreza, sem acesso aos recursos de educação, saúde, infra-estrutura, terra e crédito. A tarefa essencial do desenvolvimento é propiciar oportunidades para que essas pessoas e para outras centenas de milhões que se encontram em condições não muito diferentes, precariamente assistidas, possam desenvolver seu potencial humano.

O novo paradigma tecnológico e econômico exigirá, pois, uma revisão profunda na ordem econômica e social.

O conceito de **capital da natureza**, distinto daquele fabricado pelo homem, torna mais complexas as funções de produção, ainda que as torne mais realistas.

O conceito de desenvolvimento sustentado deve ser entendido como melhoria da qualidade de vida humana dentro dos limites da capacidade de suporte dos ecossistemas do nosso planeta. No entanto, para viabilizar o crescimento sustentado, de acordo com as exigências da natureza, é necessário garantir um vínculo entre a política ambiental e econômica em todos os níveis de governo e em todos os setores da economia.

A nova realidade mundial fez com que a questão ambiental passasse a fazer parte do cotidiano do consumidor. Dessa forma, o próprio mercado vem forçando empresas a adotar uma postura de respeito

ao meio ambiente e isso leva à internalização do custo ambiental. Além disso, o movimento mundial pela preservação ambiental fez com que a maioria dos países criasse legislação adequada para a proteção do meio ambiente incorporando princípios ambientais como da precaução, prevenção e poluidor/usuário-pagador.

O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Soados todos os sinais de alerta, o homem percebe o esgotamento do modelo econômico e passa a ter uma preocupação real com as gerações futuras.

Dentro da visão multidisciplinar, sistêmica e holística da questão ambiental, os mais diversos ramos do conhecimento passam a construir os princípios básicos de uma sociedade sustentável.

Estudo patrocinado por importantes organizações internacionais, denominado “Cuidando do Planeta Terra – Uma Estratégia para o Futuro da Vida”,¹² elaborou os princípios da vida sustentável e destaca que:

Viver de forma sustentável depende da aceitação do dever da busca de harmonia com as outras pessoas e com a natureza. As regras básicas são de que as pessoas devem compartilhar e cuidar do Planeta Terra. A humanidade não deve tomar da natureza mais do que a natureza pode repor. Isto, por sua vez, significa a adoção de estilos de vida e caminhos para o desenvolvimento que respeitem e funcionem dentro dos limites da

12 Publicação conjunta de: UICN – União Internacional para Conservação da Natureza, PNUMA – Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente e WWF – Fundo Mundial para a Natureza, p. 8.

natureza. Pode se fazê-lo sem rejeitar os muitos benefícios trazidos pela tecnologia moderna, contanto que também a tecnologia funcione dentro de tais limites. Esta estratégia trata de um novo enfoque do futuro e não de uma volta ao passado.

O trabalho mencionado elenca como princípios da sociedade sustentável:¹³

- * respeitar e cuidar da comunidade dos seres vivos;
- * melhorar a qualidade da vida humana;
- * conservar a vitalidade a diversidade do Planeta Terra.

O **respeito à comunidade dos seres vivos** reflete o dever de preocupação com todas as formas de vida. Trata-se de um princípio ético significa que o desenvolvimento não pode acontecer em detrimento das gerações futuras.

Esse respeito significa a interdependência de todas as formas de vida no Planeta é interdependente, não sendo possível discriminarmos formas de vida, ou localização geográfica de populações de qualquer espécie.

É condenável, então, a chamada ética de fronteira, que permite especialmente a empresas multinacionais e transnacionais, fora de seu território de origem, a liberdade para agir não observando valores, regras, leis e convenções que observam em seus países, porque resultam daí grandes agressões ecológicas em todo o mundo.

A ética de fronteira tem permitido que tais empresas vendam produtos cuja fabricação e comercialização constitui crime em seus países, que se utilizem de expedientes ilegais como corrupção de autoridades e dirigentes de países, notadamente os de terceiro mundo.

13 Op. cit, p. 9.

Não é admissível a venda de agrotóxicos altamente nocivos, proibidos nos países de origem, porém comercializados por empresas em outros países com nível de exigência mais baixo. Também não é aceitável a venda de alimentos vencidos em países que não exigem o controle de validade de tais produtos ou o despejo de lixo tóxico em países sem legislação específica a respeito; ou o caso das indústrias do fumo que recentemente produziram uma planta geneticamente modificada como maior teor de nicotina para forçar a dependência dos fumantes. O mesmo ocorre no caso de realização de experiências genéticas em países de baixa exigência legal em matéria de proteção ambiental, quando tais experiências seriam proibidas nos países de origem das empresas que as realizam. É o caso de a introdução de genes, vírus, plantas geneticamente modificadas e experimentos similares. Em muitos casos tais experiências ou iniciativas são realizadas por empresas em cujos países de origem as mesmas seriam proibidas. Tais empresas têm como único objetivo o lucro, sem qualquer preocupação com os impactos ou conseqüências que tais iniciativas poderão provocar ao meio ambiente.

O segundo princípio diz respeito à **melhoria da qualidade da vida humana**, que, de resto, vem a ser o grande objetivo do desenvolvimento. Esse, por sua vez, não pode ser um fim em si mesmo, ou um meio de permitir aos grupos econômicos aumentarem seus lucros.

A melhoria da qualidade de vida da população passa por uma ampliação da expectativa de vida, pelo acesso à educação e aos recursos necessários para um padrão de vida digno, pela liberdade política, pela garantia de direitos humanos e proteção contra a violência. É inadmissível a realidade do mundo, onde pessoas ainda são escravizadas pelo analfabetismo e pelo desemprego.

A deterioração do meio ambiente, indiscutivelmente, afeta a qualidade de vida da população em geral. E a pobreza, a miséria, são os indicadores mais explícitos da má qualidade de vida. Entretanto, acabam por ensejar uma questão: nos países pobres, as normas de preservação ambiental seriam de interesse da população, quando limitam a atividade econômica? Como fica a posição da população miserável no confronto entre a proteção ambiental e o emprego?

A pobreza e a miséria vêm se concentrando nos países de terceiro mundo, notadamente na América Latina, onde o número de pobres, na década de 90, chegou a mais de 200 milhões de pessoas, 50% maior do que 1960. Dados comprovam carências básicas: 40% dos lares não recebem o mínimo de calorias considerado indispensável; dos 12 milhões de bebês nascidos por ano, mais de 700 mil morrem antes de completarem um ano de idade; o índice de abandono no ensino de escolas primárias é de 15% (mais alto do que na África e Ásia).¹⁴

A melhoria da qualidade de vida passa, assim, pela superação da pobreza como meio de chegar à verdadeira igualdade e permitir que as pessoas possam defender a preservação ambiental, sem ter a preocupação com sua sobrevivência física, determinada pela maior ou menor oferta de emprego e renda.

O terceiro princípio está relacionado com a conservação da **vitalidade e a diversidade do Planeta Terra**.

A vida sustentável exige mais do que o respeito ao homem e à sua sadia qualidade de vida. Com efeito, é necessário manter a capacidade de adaptação dos ecossistemas e das comunidades humanas que deles dependem, adequando a produtividade à capacidade de rápida recuperação e mantendo a variedade da biosfera.

¹⁴ Cf. **Nossa Própria Agenda**, Comissão de Desenvolvimento e Meio Ambiente da América Latina e Caribe, p. 26.

É primordial, então, a **conservação dos sistemas de sustentação da vida fornecidos pela natureza**, ou seja, a manutenção dos processos ecológicos que determinam o clima, limpam o ar e a água, regulam o fluxo de água, reciclam os elementos essenciais, criam e regeneram o solo e mantém o planeta adequado à vida.

As atividades humanas vêm provocando alterações substanciais nesses processos através da poluição ou da destruição dos ecossistemas.

Comprovam isso, o aquecimento global do planeta, por meio do chamado **efeito estufa**, e a destruição da camada de ozônio, principalmente pelo uso intensivo de CFCs – clorofluorcarbonetos.

Em boa parte da Europa e da América do Norte, as **chuvas ácidas** poluem as águas, comprometem a vida aquática, acidificam o solo, destroem as florestas, além de corroer construções e materiais. Solos e lençóis freáticos são contaminados por metais pesados e componentes orgânicos persistentes, tornando-se quase inutilizáveis.

O desmatamento intensivo, o uso inadequado de pesticidas vem comprometendo as águas superficiais, além disso, há o grande número de represamentos para o uso energético das águas.

Em suma, a ação do homem sobre a natureza acelera o esgotamento e a extinção de espécies e modifica as condições para evolução.

A diversidade biológica é essencial para a sobrevivência da humanidade. Protegê-la e estudá-la é abrir caminho, possivelmente, para as soluções dos grandes problemas da humanidade. A prudência recomenda, pois, a preservação da diversidade biológica que, nunca foi tão ameaçada.

Os recursos renováveis representam as mais importantes fontes de vida para a humanidade. Neles podemos incluir o solo, a água, os produtos retirados em estado natural, como madeira, alimentos, plantas medicinais, peixes, carne e couro de animais selvagens e espécies domesticadas.

Se tais recursos forem usados de forma sustentável, renovar-se-ão para sempre; para isto é necessário permanecer nos limites da **capacidade de suporte do Planeta Terra**.

Todo ecossistema tem um limite, uma **capacidade de suporte**, ou seja, o quanto a biosfera pode tolerar sem sofrer deterioração arriscada. A partir de **indicadores**, pode-se medir e determinar qual a capacidade de suporte de um ecossistema, que varia de região para região. É possível determinar o suporte demográfico, a carga do ar atmosférico e dos recursos hídricos.

A nova economia e o novo direito deverão, a partir de tais indicadores, determinar que tipo de atividade pode ser desenvolvida em determinada região. Novas variáveis, pois, passam integrar os custos, com a incorporação das externalidades. Limitações necessariamente vão surgir para direitos, até então, absolutos.

Esse novo interesse, situado entre o limiar do interesse público e o do privado, ora mais afeito a um, ora a outro, vamos denominar de **interesse difuso**, pois contempla direitos e interesses de pessoas indeterminadas, ligadas entre si por uma circunstância de fato.

No entanto, se o uso do meio ambiente for predatório, com a destruição de terras férteis pela erosão, contaminação de rios com venenos e efluentes tóxicos de indústria e cidades, a necessária renovação do meio não ocorrerá e poderemos comprometer o futuro das espécies.¹⁵

Para viabilizar a **sociedade sustentável**, é imperativo uma nova postura, tanto dos agentes econômicos, que devem passar a incorpo-

15 Cf. **Cuidando do Planeta Terra**, cit., p. 30, que ainda traz a informação que: A cada ano, são desmatados cerca de 180.000 km² de florestas tropicais e matas. Alguns dos desmatamentos ocorrem por mudança do tipo de cultivo (caso em que a terra pode, mais tarde, voltar a ser uma floresta) e outros, pelo estabelecimento de uma cultura permanente. O corte das árvores, em grande parte insustentável, está reduzindo a diversidade de outros 44.000 km² por ano. Nas regiões secas muitas matas são cortadas para obtenção de madeira, usada como combustível.

rar as chamadas **externalidades**, quanto dos juristas, que devem criar um conjunto de regras adequadas para tornar efetivas as proposições emanadas das áreas técnicas. Desses, a gravidade do problema recebeu uma resposta rápida, que consagrou o direito a um meio ambiente equilibrado e sadio capaz de proporcionar qualidade de vida, como um **direito fundamental** do cidadão. Um forte conjunto de regras foi incorporado aos sistemas jurídicos da maioria dos países, criando – como já se mostrou – um novo ramo do direito, o **Direito Ambiental**.

A Constituição brasileira, em seu artigo 225, afirma que:

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

O Direito Ambiental é que vai proporcionar a efetividade dos princípios da vida sustentável, desafio que passa a fazer parte do cotidiano do jurista.

Como ensina José Afonso da Silva, o Direito Ambiental tem dois objetos de tutela: um imediato, a qualidade do meio ambiente e outro mediato, a saúde, o bem-estar e a segurança da população. Esses bens se resumem na expressão **qualidade de vida**.¹⁶

Assim fica claramente evidenciada a visão antropocêntrica adotada pelo sistema jurídico brasileiro que construiu o conjunto de leis ambientais objetivando assegurar a todos não apenas o direito à vida mas, sobretudo, o direito à vida com qualidade.

16 **Direito Ambiental Constitucional**, p. 54

A IDEOLOGIA DA CONFLITUOSIDADE AMBIENTAL

Até recentemente a questão ambiental não fazia parte da agenda da política, de maneira geral.

O modelo liberal, adotado pela economia ocidental, não se preocupava com o longo prazo, limitando-se à análise da geração de bens e serviços para atender às necessidades imediatas do homem.

O capitalismo teve como preocupação central o lucro, sem qualquer avaliação dos impactos que o modelo econômico trazia à natureza. Do bloco de nações socialistas, especialmente na então União Soviética, não se tinham informações completas sobre o tratamento da questão ambiental. Era conhecido o discurso socialista de que o capitalismo agredia o meio ambiente. Denúncias de danos ambientais ocorridos em diversas repúblicas socialistas, só chegavam ao ocidente quando a proporção do dano era tal que ficava impossível ocultar.

No entanto, no Ocidente, os socialistas e marxistas adotaram, como uma de suas principais bandeiras, a defesa do meio ambiente.

O liberalismo, ao contrário, já tem uma posição de resistência à adoção de uma política ambiental e condicionantes ecológicos para o desenvolvimento econômico, em razão dos princípios da economia de mercado por ele adotada. O liberalismo sempre teve como premissa básica a inesgotabilidade dos recursos naturais.

A postura liberal, baseada nos princípios da economia de mercado, no final do século XX sofre a influência tanto do Estado que vem adquirindo grande peso na regulamentação da questão ambiental, quanto do **mercado**, pressionado pelos consumidores que lhe dão sustentação.

Há uma crescente organização da sociedade civil que, por meio de organizações não governamentais, vem obrigando as empresas a adotar práticas econômicas compatíveis com a noção de desenvolvimento sustentado.

Dalia Maimon,¹⁷ lembra que:

(...) a opinião pública é cada vez mais sensível às questões ambientais. Esta conceituação é reflexo dos valores pós-materialistas, quando a sociedade reúne exigências de controle de poluição e mudança na concepção do produto, para que não destrua o meio ambiente. Esta sensibilidade nem sempre é detectada nas sondagens de opinião, fazendo com que os empresários tomem decisão em função de experiências vividas e sinais mediáticos. Este fenômeno afeta a empresa de duas formas: na sabotagem dos consumidores e investidores às empresas que poluem o meio ambiente e na expansão dos mercados *environment friendly e ecológicos*.

Encontramos exemplos significativos nos Estados Unidos da América, onde organizações não governamentais como Sierra Club, Environmental Law Institute, Lawyers for a Green Planet Institute, entre outras, conseguiram influenciar fortemente programas e ações de empresas, as quais passaram a respeitar o meio ambiente.

Essa nova realidade, fruto do fenômeno da globalização, mostra-nos que as grandes decisões comportamentais e econômicas não são mais determinadas dentro dos países – especialmente os periféricos – mas sim nos centros de decisões do mundo.

Assim, o liberalismo teve que se adequar a essa nova ordem econômica mundial que estabeleceu limitações, em alguns casos, até mais fortes que aquelas emanadas do próprio Estado.

A incorporação da variável ambiental nas empresas é, hoje, uma decorrência do mercado, não mais tolerando empresas poluentes,

17 **Passaporte Verde**, p. 7.

agressoras do meio ambiente e desconformes a um modelo de desenvolvimento sustentável.

A proposta ideológica socialista para o meio ambiente parecia, teoricamente, mais adequada ao estabelecimento de uma política e de uma ação ecológica eficientes. Com efeito, a socialização dos meios de produção e consumo levou à crença de um maior aproveitamento de matérias-primas. Além disso, o modelo de planejamento centralizado pelo Estado também fazia crer que ensinaria um maior respeito pelo meio ambiente. Aliado a essas perspectivas, o discurso teórico-político dos grandes mentores do socialismo nos levará, também, à conclusão de uma prática voltada para a preservação ambiental.

Marx afirma que as atividades que se desenvolvem desordenadamente e não são dirigidas conscientemente deixam desertos como rastros. E, em outra passagem, de **O Capital** se antecipa a modernas propostas de reciclagem de produtos quando afirma que:

(...) ensinando os meios próprios para devolver no curso circular da reprodução os resíduos da produção e do consumo social, a química converte sem necessidade de capital estes não valores em elementos adicionais da acumulação.

E Engels afirma que

(...) em face da natureza a sociedade não considera principalmente, nas formas de produção atual, mais que os resultados imediatos, os mais tangíveis; e em seguida nos assombramos de que as conseqüências distantes das ações em relação a esses resultados imediatos sejam bem distintas e muito freqüentemente radicalmente opostas.¹⁸

18 Síntese apresentada por Ramón Martín Mateo, In: op. cit., vol. I, p. 50.

Embora a maioria dos autores vincule degradação ambiental ao capitalismo, a abertura política soviética mostrou que o socialismo russo gerou um verdadeiro monstro ambiental. Agressões ao meio ambiente, como contaminação de águas por resíduos industriais (nos casos do Mar Cáspio e do lago Baikal na Sibéria), os impactos consequentes da aviação comercial supersônica, o uso de energia nuclear sem qualquer respeito à segurança da população (relembre-se o episódio de Chernobyl, quando a população tomou conhecimento do vazamento do reator semanas após o fato, já contaminadas milhares de pessoas, com danos em boa parte da região).

Também representou danos significativos o aproveitamento exaustivo dos recursos marinhos, erosão do solo, a destruição do Mar de Aral pelo uso inadequado de suas águas para irrigação, o não cumprimento de leis ambientais, além do mais absoluto descaso com toda a humanidade.

Entre a teoria e o discurso socialistas e a sua prática, havia uma grande diferença.

Já o modelo chinês, continuando a postura do regime da Antiga União Soviética, tem revelado a aproximação do atendimento das exigências para a vida sustentável. Mao Tse Tung, fiel ao ideário marxista, propõe a grande revolução das massas, afirmando que quanto mais numerosas são as pessoas, mais numerosas são as idéias e as proposições e mais elevado é o entusiasmo e maior a energia.¹⁹

Uma grande pressão demográfica secular fez o povo chinês acostumar-se a uma cuidadosa utilização dos recursos naturais, o que se enquadra perfeitamente na proposta ecológica. Esses hábitos chineses

19 **La construcción del socialismo**, p. 26.

foram incorporados ao ideário de Mao, fazendo parte das propostas da revolução popular.

A tudo isso se acresça um modelo de desenvolvimento baseado em pequenas células de produção, quer em nível de agricultura, quer do comércio ou indústria, e um rigoroso aproveitamento de todos resíduos orgânicos ou inorgânicos.

A **ecologia política**, como se vê passa a tomar conta do dia-a-dia dos formuladores de políticas públicas, qualquer que seja a ideologia.

A ecologia política tem uma carga própria de valores. Assim, a variável ambiental toma conta das ações de grupos políticos preocupados não apenas com a preservação do meio ambiente, como um fim em si mesmo, mas igualmente, com a sobrevivência digna do homem. Vale dizer que, como na ação política, postulados éticos que começam a interferir em diversas ciências e ações públicas ou privadas, passam a exigir um tratamento igualitário de nações, de empresas, de pessoas.

A sociedade global impõe que pensemos globalmente e hajamos localmente. O confronto **capitalismo X socialismo** não pode excluir uma convergência sobre os temas ambientais, exigindo uma ação conjunta das nações, até porque a natureza não se submete aos limites estabelecidos pela geografia política dos países.

Hoje podemos falar na existência de uma ética ambiental, num paradigma ecológico transpolítico, já que todos os partidos, todas as ideologias tem incorporado em seus programas, ideários, princípios e propósitos os ditames da ética ambiental. Componente obrigatório da ecologia política, ela passa a exigir uma profunda reflexão por parte de todos os grupos políticos e agentes econômicos, uma vez que não se pode falar em preservação ambiental sem que haja uma inserção dos princípios da ética ambiental nas leis de um Estado, assim como nas ações dos agentes econômicos.

Em nosso País, encontramos a matéria tratada de maneira exemplar na Constituição Federal, estabelecendo, entre outras determinações, que a ordem econômica objetiva assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social,²⁰ observados entre outros os princípios da função social da propriedade e da defesa do meio ambiente.

DIREITO E ECONOMIA E A CRIAÇÃO DA SOCIEDADE SUSTENTÁVEL

A partir de metade do século passado verificou-se a necessidade de que fossem reguladas as relações do homem com o meio em que vive. Inserido em um meio que o condiciona e que é por ele condicionado, o homem mesmo, com ações e comportamentos mal dimensionados, ameaça a sobrevivência da sua e de outras espécies que vivem na terra.

A partir dessa constatação, inúmeras iniciativas foram tomadas em todo o mundo, culminando com Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Humano, em 1972. Na declaração resultante da Conferência em Estocolmo, destaca-se um princípio norteador das ações de governos e sociedade em todo o mundo.

Já nos detivemos na análise do quanto o estudo do homem e de seu entorno teve uma rápida evolução, deixando de ser atribuição das ciências naturais para envolver profissionais das mais diversas áreas. Esse conjunto formou uma nova disciplina, o Direito Ambiental, que com método e princípios próprios, passa a estudar as relações do homem com o meio em que vive, tendo com meta maior a preservação da vida em todas as suas formas. Entre nós, a partir da aprovação da atual

20 Título VII – da Ordem Econômica e Financeira, Capítulo I – Dos Princípios Gerais da Atividade econômica, art. 170, incisos II e IV.

Constituição Federal, o Direito Ambiental adquire um novo *status*, na medida em que²¹ passa a ser tratado como um **direito fundamental**.

Por conseqüência, o conjunto de regras e normas por ele estabelecidas não pode mais ser tratado como legislação esparsa, vista com diferentes olhos por diferentes ramos do Direito.

No Estado contemporâneo o ser humano necessita de regras que estabeleçam limites às atividades econômicas, orientando, influenciando seu comportamento; limitando e controlando suas ações em relação ao meio ambiente.

Para viabilizar essa nova postura do ser humano em relação ao seu entorno o jurista é desafiado a criar normas reguladoras das ações humanas, não apenas com uma visão antropocêntrica que foi sua prioridade até aqui, mas também com uma visão biocêntrica, com vistas à proteção da vida em todas as suas formas.

O sistema jurídico contemporâneo, edificado a partir do Código de Napoleão, está centrado na tutela do direito individual, não apresentando respostas para conflitos de interesses e lides decorrentes das novas e complexas relações sociais.

A nova realidade – social, econômica e política – desafia os princípios e valores que até agora formavam a base de tal sistema. Respondendo à urgência de situações e carências mais evidentes, surge o Direito Ambiental e uma ecologia jurídica, que reclama a união do jurista com os profissionais das ciências naturais, de modo a fazer com que o sistema jurídico, como um todo, incorpore a variável ambiental.

21 Neste sentido é esclarecedora a lição de Fiorillo, quando nos mostra que: O direito à vida é, portanto, o objeto do Direito Ambiental sendo certo que sua correta interpretação não se restringe pura e simplesmente ao direito à vida, enquanto vida humana, e sim ao direito à sadia qualidade de vida em todas as suas formas.

Analisando a matéria, a Professora catarinense Roxana Cardoso B. Borges²² destaca que:

(...) hoje existe um direito ambiental e uma ecologia jurídica. A diferença é que a posição do direito ambiental em relação ao sistema jurídico como um todo é uma situação de autonomia disciplinar, enquanto que a posição da ecologia jurídica em relação ao direito (não apenas o direito ambiental, mas todo o sistema jurídico) é uma situação paradigmática.

Não basta que se crie um novo ramo do direito, autônomo, com princípios e instrumentos próprios, como é o direito ambiental, porque a disciplina vai continuar imersa num sistema jurídico inadequado para o final do século XX, pois sua estrutura e muitos de seus institutos ainda se voltam para o século XIX. As circunstâncias atuais requerem um direito muito diferente do direito da época do Código Civil, por exemplo, principalmente no que tange à economia, ou aos interesses coletivos e difusos que preponderam sobre os interesses individuais, grande objeto de proteção daquele direito do passado. Se toda essa ultrapassada estrutura jurídica não se modificar também, se a dimensão ambiental não for suficientemente incorporada no sistema jurídico como um todo, o Direito Ambiental e as normas ambientais dificilmente serão aplicados. Tem-se um direito que é ambiental e todo um sistema jurídico não ambiental.

22 **O novo em Direito Ambiental**, p. 14, 15.

Tal constatação mostra a situação ambígua que tem vivido o Direito Ambiental no Brasil. De um lado, a grande discussão sobre o fato de ele constituir ou não um ramo autônomo do Direito; de outro, a indiferença com que é tratado pelos ramos tradicionais do Direito, um certo desconhecimento por parte de operadores do Direito e um inadequado tratamento por parte do ensino jurídico.

Não é raro encontrarmos conflitos entre o conceito de propriedade²³ no direito civil tradicional e o conceito de propriedade concebido pelo direito ambiental. O mesmo ocorre em algumas situações processuais, penais, administrativas entre outras.

Na verdade, o grande desafio do Direito Ambiental consiste em buscar um equilíbrio entre a economia e a garantia da vida com qualidade.

Barry C. Field conceitua economia como um conjunto de acordos tecnológicos, legais e sociais a partir dos quais um grupo de pessoas busca aumentar seus padrões materiais e espirituais.²⁴

Tradicionalmente Direito e Economia andaram por linhas paralelas que não se encontravam nem no infinito, dado que seus objetos são distintos. Com efeito, a economia tem como objetivo maior a geração de riquezas, não se preocupando com a questão da justiça, objetivo maior do Direito.

O grande desafio proposto ao jurista neste momento é o de buscar a construção não apenas de uma sociedade justa, seu objetivo maior

23 CANOTILHO mostra a grande alteração em relação ao direito de propriedade quando assevera que: O direito de propriedade está sujeito a medidas planificantes de proteção ao ambiente (planos de ordenamento territorial, desenvolvimentos de reservas e parques, classificação e proteção de paisagens). Noutras hipóteses, a utilização do uso dos solos está sujeita a uma complexa rede de planos de ordenamento, autorizações, licenças, proibições, materialmente constitutivas de ônus ou restrições socialmente adequadas, nuns casos, ou de sacrifícios especiais legitimadores de um direito indenizatório noutros casos. Em **Constituição da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 1985, p. 348, 349.

24 Cf. **Economía Ambiental**. Una introducción, p. 26.

até aqui, mas, aliado a tal objetivo, o sistema jurídico deve assegurar a existência de um planeta habitável.

Ao analisarmos as ferramentas jurídicas disponíveis, constatamos que o sistema tradicional de direito oferece mais respostas para demandas, tais como o controle do uso dos recursos naturais, fonte primeira dos insumos utilizados pela economia. Importa construir uma nova ordem jurídica, necessitando rever princípios, conceitos e valores tanto da economia como do Direito.

Assim, no mundo da economia nasce a Economia Ambiental preocupada com a ordenação dos fatores de produção de maneira sustentável, que Barry Field conceituou como:

(...) o estudo dos problemas ambientais com a perspectiva e idéias analíticas da economia. E mais: O estudo da natureza em seu papel como provedor de matérias-primas se denomina economia dos recursos naturais. O estudo do fluxo de resíduos dos impactos resultantes no mundo natural se denomina basicamente economia ambiental.²⁵

Essa nova visão da economia traz à baila o estudo da **Teoria das Externalidades**.

Maria Alexandra de Souza Aragão, autora portuguesa, registra que em 1890, Marshall formula o conceito de **externalidade**, posteriormente estudado por Pigou, em 1920,²⁶ o qual constatou que:

(...) o preço de mercado dos bens não pode refletir fielmente os verdadeiros custos ou benefícios resultantes da

25 Op. cit., p. 3 e 26-27.

26 Alfred Marshall, *Principples Of Economics*, MacMillan, London 1890 e Arthour Pigou, *Economics of Welfare*, apud Maria Alexandra de Sousa Aragão, **O princípio do poluidor pagador**, p. 31.

sua produção ou de seu consumo. O preço do mercado só seria uma medida adequada para avaliar as perdas e os ganhos sociais resultantes do uso normal dos recursos, se verificassem simultaneamente duas condições ideais: primeiro, se, em concorrência perfeita, o preço de mercado dos bens correspondesse exatamente à avaliação que os consumidores fazem dos benefícios derivados do seu consumo; e, segundo, se o preço dos fatores de produção fosse igual ao valor da produção que estes poderiam produzir na sua melhor utilização alternativa. Porém, na vida real, pode não se verificar alguma ou, mais provavelmente nenhuma destas proposições.

Efetivamente, onde houver bens cuja produção e/ou cujo consumo dê origem a benefícios que vão ser concedidos, ou perdas que vão ser impostas a outras pessoas, que não são as que compram, ou sequer as que consomem ou utilizam esse bem e se situam fora da relação econômica fundamental considerada, entre produtor ou prestador de serviços e o consumidor ou beneficiário da prestação.

Tais benefícios ou perdas, subprodutos da atividade de produção ou consumo são, respectivamente, concedidos ou impostos a estes “outsiders” (na terminologia anglo-saxônica) independentemente da vontade de quem os produz.

Como se vê, estes benefícios ou custos são concedidos ou impostos a terceiros, independentemente de suas vontades, mas também independente da vontade de quem os produziu. São efeitos externos do mercado não considerados na produção, mas que geram impactos, eventualmente danos, cuja reparação exige uma custosa ação do poder público, individualizando benefícios em favor de quem produziu ou

consumiu tais bens, mas socializando os custos, ao exigir que todos os contribuintes suportem a recuperação do eventual dano provocado.

Os custos sociais decorrentes da atividade causadora de impactos ambientais não integram os custos dos produtos gerados. Por isso, os custos são inferiores aos reais e resultam em um nível de produção superior ao que permite a manutenção do equilíbrio ecológico.

Assevera Maria Alexandra de Sousa Aragão que

(...) se os custos marginais privados divergem dos custos marginais sociais, para atingir o ponto ótimo da economia, há que internalizar essa diferença. Internalizar as externalidades ambientais negativas significa fazer com que os poluidores, sejam suportados por estes como verdadeiros custos de produção, de tal modo que as decisões dos agentes econômicos acerca do nível de produção o situem num ponto mais próximo do ponto socialmente ótimo que lhe é inferior.²⁷

Dessa forma, temos um longo caminho percorrido desde o conceito romano da *res nullius*, de acordo com o qual os bens ambientais eram considerados coisas de ninguém e ninguém seria responsabilizado por sua degradação, até chegarmos ao conceito atual de interesses e direitos difusos, do qual trata o direito ambiental.

Diante do conflito entre a economia e a ecologia, como harmonizar o necessário e desejado desenvolvimento econômico com a preservação ambiental? Seria suficiente buscar dentro da legislação esparsa ou das diversas disposições do Direito regras capazes de disciplinar as

27 Op. cit., p. 36.

relações do homem com o seu meio, ou seria necessária a criação de um novo ramo do Direito?

Vê-se logo, que a dicotomia direito público e privado não oferece uma resposta adequada às indagações formuladas, uma vez que o **interesse-objeto** do Direito Ambiental é supra-subjetivo e meta-individual: certos direitos e interesses, mesmo quando privados, têm uma alma pública e um corpo ora público, ora privado, ora misto.

Diante disso faz-se necessário um tratamento diferenciado de tais situações jurídicas, impondo-se a construção de regras apropriadas para essas novas exigências.

A elevação do direito a um meio ambiente equilibrado em nível constitucional, como autêntico direito fundamental, pode gerar um **conflito de direitos fundamentais**, cuja solução deve ser encontrada no Direito Constitucional examinando-se qual dos interesses em conflito terá precedência em relação ao outro.

No caso da colisão de normas, a solução será encontrada por meio do exame da validade; já na hipótese de conflitos entre princípios ou direitos fundamentais, é válido o critério de peso, vendo qual o prevalente o que se determina com a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Cristiane Derani destaca que

(...) procurando a justa medida na aplicação dos princípios, a doutrina alemã tem-se referido a um princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*), procurando estabelecer um relacionamento entre meio e fim, para a aplicação dos princípios, para que se torne possível um controle do excesso (*eine Übermasskontrolle*). Por este princípio fica patente o

caráter instrumental do direito regido por uma adequação entre fim e meio dentro da relação no todo.²⁸

Pode-se, diante da realidade brasileira, concluir que o Direito Ambiental, ao ser recepcionado pela Constituição Federal é um direito fundamental.

Admitido o direito ao ambiente equilibrado como um Direito Fundamental reconhecido a todos os habitantes do País, bem de uso comum do povo e tendo determinado a Constituição o dever de todos, governo ou particulares, de zelar pela conservação e preservação desse bem, como iremos fazer prevalecer tal direito, que irá gerar conflitos com inúmeros institutos jurídicos tais como são concebidos pelo Direito clássico?

Uma alternativa para responder tão complexa questão pode ser encontrada na indicação do legislador constitucional, para a construção de um microsistema jurídico. Dentro dessa visão do microsistema do Direito Ambiental, o legislador vai buscar no macrossistema conceitos básicos para fazer valer o objeto da tutela jurisdicional, o direito à vida.

Da Constituição, decorre a criação do microsistema do Direito Ambiental, legitimado a estabelecer regras de condutas para os proprietários, a fim de assegurar o direito fundamental de todos, das gerações atuais e futuras, a um meio ambiente equilibrado, com sadia qualidade de vida, com existência digna.

A construção desse microsistema decorre da necessidade de adequar o macrossistema jurídico às demandas dos ecossistemas e às insaciáveis demandas do sistema econômico.

28 **Direito Ambiental Econômico**, p. 47.

Como observa José Luis Serrano Moreno,²⁹ o sistema jurídico tem um entorno, o mesmo ocorrendo com o sistema econômico e os ecossistemas.

Dessa forma, na análise do conteúdo dos entornos dos sistemas que se relacionam e que devem ser adequados, encontraremos a justificativa para legitimamente construirmos o que o Professor Nelson Nery Júnior³⁰ denomina de um **microssistema jurídico**, com características, peculiaridades e disposições capazes de harmonizar aqueles três sistemas, que necessitam de adequações no âmbito das ciências sociais para se construir uma sociedade sustentável.

Assim, vamos encontrar as limitações do Direito Ambiental, nascendo de uma decisão política de preservação do meio ambiente, encontrando um ponto de conflito com o interesse do proprietário.

Onde o judiciário, ao analisar tal conflito, não vai examinar apenas a variável econômica que legitima a pretensão do proprietário ou apenas a variável política, que determinou ao Estado a limitação ao direito de propriedade, mas, isso sim, a validade e eficácia da norma, que dentro do microssistema jurídico cumpre a tarefa de tutelar um ecossistema.

Assim, ao falarmos de Direito Ambiental, não estaremos falando de ecossistema, ou de sistema econômico ou político, mas sim de um micros-

29 Cada sistema tem um entorno e só um e, por ele – ao tentar estabelecer a relação direito/economia, direito/ecossistema ou economia/ecossistemas – convém distinguir entre a relação de um sistema com seu entorno e a presença de sistemas no entorno de um sistema: as relações existentes entre o sistema econômico, o jurídico-político e os ecossistemas nas formações sociais modernas não são – se admitem estas categorias da teoria de sistemas – relações sistema/sistema, senão relações sistema/entorno. **Ecología y derecho**, p. 36-37.

30 **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Comentado pelos autores do Anteprojeto, p. 284-282.

sistema o qual busca no caráter coercitivo da norma, ou seja, no poder normativo e jurisdicional, a sua prevalência sobre outros interesses.

Diferente dos sistemas naturais e sociais, a força coercitiva do Direito possibilitará o restabelecimento do equilíbrio quebrado diante do surgimento do conflito de interesses.

É forçoso reconhecer a independência do direito ambiental a partir da chamada **revolta do objeto**, quando a Constituição eleva o direito à vida a direito fundamental capaz de prevalecer sobre outros direitos integrantes do sistema jurídico.

O sistema jurídico tradicional tutelava o direito do indivíduo, assegurando-lhe vantagens que repercutiam diretamente em sua esfera jurídica. Assim, há no artigo 225 da Constituição Federal a tutela de um direito sem senhor, que pertence a um ente absolutamente misterioso, indivisível, indiferenciado e indeterminado.

Os direitos difusos, na verdade, são limitadores de direitos subjetivos individuais clássicos, que, por seu turno, são limitados diante do interesse geral de proteção constitucional da vida.

Como observa Canotilho³¹ o direito ao meio ambiente equilibrado e à sadia qualidade de vida, envolve uma **cláusula de comunidade**, nos termos dos quais os direitos econômicos seriam limitados sempre que colocassem em perigo os bens jurídicos necessários à existência da comunidade.

Outro traço distintivo dos direitos difusos é não serem suscetíveis de subjetivação, no sentido de que, por pertencerem a um número indeterminado de sujeitos, não comporta a apropriação ou disposição por nenhum deles, prevalecendo, assim, o objeto sobre o sujeito.

Diante dessa análise, chegamos ao desafio de conceituar o Direito Ambiental.

31 **Direito Constitucional**, p. 619.

Luiz Filipe Colaço Antunes, após longos estudos, chega à conclusão de que:

(...) o ambiente pertence a uma daquelas categorias cujo conteúdo é mais fácil intuir do que definir, tal a sua riqueza de conteúdo e a dificuldade da sua classificação jurídica.³²

Iniciamos com o trabalho precursor do mestre Sérgio Ferraz, que, em seu histórico trabalho sobre o que denominava **Direito Ecológico** o conceituou como

(...) o conjunto de técnicas, regras e instrumentos jurídicos organicamente estruturados, para assegurar um comportamento que não atente contra a sanidade mínima do meio ambiente.³³

Na mesma linha, o também pioneiro Diogo de Figueiredo Moreira Neto conceitua Direito Ecológico como:

(...) o conjunto de técnicas, regras e instrumentos jurídicos sistematizados e informados por princípios apropriados, que tenham por fim a disciplina do comportamento relacionado ao meio ambiente.³⁴

Na visão de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o Direito Ambiental não constituiria um ramo autônomo do Direito, sendo um

32 **O procedimento administrativo de avaliação ambiental**, p. 32.

33 Direito Ecológico. Perspectivas e sugestões, **Revista da Consultoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Vol. 2, nº 4, p. 43-45.

34 **Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico**, p. 23.

ramo informativo, por representar uma reunião de técnicas, regras e instrumentos centrados sobre um mesmo problema.³⁵

Para elaborar um conceito de direito ambiental, há que considerar a noção de fato e de direito do meio ambiente. Na noção de fato, entende-se por meio ambiente o chamado entorno que envolve, fornece os elementos necessários à vida do homem; materiais – água, ar, solo, subsolo – e psíquicos – os bens e interesses de natureza estética, histórica, turística, paisagística e cultural.

Da análise dos elementos materiais e psíquicos que envolvem o homem, resulta a necessidade de tutelar a vida, não apenas considerada no aspecto de sobrevivência, mas a **vida com qualidade**.

Assim, o direito ambiental deverá buscar a indispensável harmonização de desenvolvimento econômico com a proteção da vida com qualidade.

Luiz Filipe Colaço Antunes, buscando sintetizar todos esses valores, conceitua Direito Ambiental:

(...) o conjunto de normas jurídicas que se destinem a regular e a proteger, de forma planificadora, conformadora, preventiva e promocional o ambiente natural e humano dos efeitos nocivos resultantes do processo civilizacional.³⁶

No Brasil, podemos encontrar os elementos que constituem o Direito Ambiental em nossa Constituição Federal, a qual trata o direito a um meio ambiente equilibrado e sadio como um direito fundamental.

A propósito Celso Antonio Pacheco Fiorillo nos mostra que

35 Idem.

36 O procedimento administrativo de avaliação de impacto ambiental, p. 33-34.

(...) o legislador constitucional, além de disciplinar como vimos o meio ambiente cultural (integrado pelo patrimônio artístico, histórico, turístico, paisagístico, arqueológico) natural (constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora a fauna, ou seja, a biosfera) em face do que estabelece o art. 225 chegando inclusive a abordar matéria adaptada a chamada ecologia da radiação (que se ocupa com as substâncias radioativas, a radiação e o ambiente) ao estabelecer regra de localização para usinas que operem com reator nuclear. O meio ambiente, portanto, embora não tenha acepção unívoca, recebeu do legislador constituinte tratamento moderno adaptado à realidade dos novos tempos e dentro de uma nova filosofia e mentalidade.³⁷

Hoje se pode falar de um direito ambiental autônomo, bem como de uma ecologia jurídica, até mesmo de uma nova categoria de interesses privados, mas com uma alma pública ou de interesses públicos latentes.

Neste sentido, é esclarecedora a lição de Silvia Jaquenod de Zsögön,³⁸ quando afirma que

O direito ambiental assume uma problemática multi e interdisciplinar pois os diversos setores que o integram, interacionam e interdependem entre si. Este ramo do direito adquire transcendência como disciplina científica, quando se com-

³⁷ **Os sindicatos e a defesa dos direitos difusos no direito processual civil brasileiro**, p. 99.

³⁸ **El Derecho Ambiental y sus principios rectores**, p. 350.

preende que o entorno constitui um todo e seus diferentes componentes se encontram em permanente interação.

No limiar do novo século, esse novo direito se constrói para a preservação da vida, rompendo com os clássicos conceitos, para construir uma nova tutela jurídica.

Dentro dessa nova perspectiva, a preocupação central não reside mais em saber se estamos tratando ou não de um direito autônomo, pois o direito ambiental é um sistema de normas que não admite a existência de regimes totalmente separados, uma vez que adquire importância na medida em que se integra a um circuito de normas cujo princípio e fim é a Constituição.³⁹

Para ter efetividade, o direito ambiental deverá organizar o ordenamento ambiental por setores de atividades, regulando a atividade econômica de maneira geral, com normas que digam respeito à indústria, à agricultura, ao uso e ocupação do solo, bem como estabeleçam normas que relacionados com os elementos essenciais à vida humana: a proteção da terra, da água, do ar, do meio ambiente natural e cultural, necessários à vida com qualidade.

Como o Estado regula um conflito a partir de uma revolta do próprio objeto tutelado e não do interesse de um sujeito de direitos, não podemos utilizar padrões clássicos e tradicionais para entender esse direito.

As mudanças não atingem apenas o Direito, pois a chamada economia ecológica tem uma preocupação representada por princípios próprios. É o que Barry Field⁴⁰ denomina de **princípio equimarginal**, o qual considera os danos marginais provocados pelos fatores de

39 Op. cit, p. 347.

40 **Economia ambiental**, p. 240.

produção, ou **princípios da produção**. Com ou sem regulamentação, por meio dos quais os custos são determinados em razão de maiores ou menores exigências ambientais.

Podemos, ainda, lembrar o princípio do desenvolvimento sustentável, por meio do qual se possibilita atender as necessidades das gerações presentes, mantendo-se dentro dos limites do crescimento, de maneira a não comprometer as gerações futuras.

Diante da abrangência do bem jurídico tutelado, pode-se concluir que o meio ambiente deve ser considerado um bem jurídico autônomo, que possui características suficientes para constituir um ramo do Direito, uma vez que seus princípios, conceitos, titulares e formas de exercício não podem ser confundidos com o sistema jurídico tradicional.

Por conseqüência, é válido conceituar o Direito Ambiental como um conjunto de princípios e regras que têm por objetivo defender, prevenir, restaurar o conjunto de elementos naturais e culturais, considerados, em seu todo, indispensáveis à promoção e à preservação da vida com qualidade, das gerações atuais e futuras no planeta.

Será a função principal do Direito Ambiental assegurar a todos um meio ambiente equilibrado, limitando os direitos econômicos todas as vezes que eles colidirem com o direito difuso da população, ameaçando a vida como existência e a vida com qualidade.

O CARÁTER CONSTITUCIONAL DO DIREITO AMBIENTAL

Ao verificar-se o esgotamento do modelo econômico ocidental e os riscos que o uso predatório e descontrolado de recursos naturais poderia trazer à humanidade, países de constituições mais modernas começaram a tratar da tutela ambiental como garantia constitucional.

Foram quase três séculos para chegarmos aos chamados **direitos de terceira dimensão**, por meio da tutela de direitos supra-subjetivos, metaindividuais, considerando o direito a um meio ambiente equilibrado e sadia qualidade de vida, como um **direito subjetivo público** voltado contra o Estado.

No **Estado Social**, que hoje substitui o **Estado Liberal**, o indivíduo não é mais o centro do sistema jurídico, surgindo direitos que deverão ser tutelados de forma coletiva, entre os quais se destaca o direito à proteção ambiental.

A tutela individual de direitos não consegue mais dar respostas para a solução de conflitos de interesses e lides marcadas pela complexidade de uma relação jurídica na qual os titulares de direito não podem ser completamente identificados, mas estão ligados entre si por uma circunstância de fato e na qual o direito tutelado é indisponível.

Como fruto de uma preocupação com a efetividade desse direito, várias nações passaram a tratar o direito ao meio ambiente protegido como um direito constitucional. Passamos a proteger valores supra-individuais e, por conseqüências sociais. Nesse sentido, é oportuna a lição do professor português José Eduardo de Oliveira Figueiredo Dias,⁴¹ quando ensina que

(...) a verdadeira **socialização** do conceito que para nós tem mais interesse, já que o ambiente (apesar de ser um direito fundamental pertencente a todos e a cada um de nós) é, sem dúvida, um interesse coletivo, com uma dimensão social que nunca poderá ser esquecida.

41 **Tutela ambiental e contencioso administrativo**, p. 28-29.

O grande destaque dado à tutela ambiental, pelas modernas constituições do mundo contemporâneo, eleva-no como um novo **direito fundamental**.

Mateo,⁴² nos deixa clara sua posição quando conclui que

(...) não cabe dúvida que o direito ao ambiente, tal qual se sucede com outros direitos similares é recepcionado na constituição: proteção da família, da saúde, acesso à cultura, direito à moradia digna etc., e pode ser invocado ante os Tribunais ordinários junto com as normas procedimentais e, inclusive, perante o Tribunal Constitucional.

Na Espanha, Silvia Jaquenod De Zögnön,⁴³ conclui que

(...) ao lado dos direitos públicos, subjetivos, civis, políticos, sociais e econômicos, pode-se afirmar a existência dos direitos vinculados à qualidade de vida e ao pleno desenvolvimento da personalidade, cuja expressão aparente é o direito à qualidade ambiental. Deste modo a norma constitucional destaca a horizontalidade do direito ambiental e, por consequência, o caráter interdisciplinar e interinstitucional da política e problemática ambiental, ao ser elaborada e aplicada com os instrumentos criados pelo ordenamento jurídico.

Na verdade, o bem jurídico tutelado, mais do que o interesse individual, é a própria vida em todas as suas formas de manifestação. Está sendo tutelado não apenas o direito do homem, mas o direito de

42 *Tratado de Derecho Ambiental*, v. I, p. 151.

43 *El Derecho Ambiental y sus principios rectores*, p. 209.

toda e qualquer forma de vida; é a adoção de uma visão biocêntrica, consagrada a partir da célebre Declaração de Estocolmo, que estabeleceu, no seu Princípio 2 – vale repetir:

O homem tem direito à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequada em um meio cuja qualidade lhe permite levar uma vida digna e gozar de bem-estar e tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações presentes e futuras.

Nesse sentido, ensina José Afonso da Silva:⁴⁴

Estamos diante de uma nova projeção do direito à vida, pois neste há de incluir-se a manutenção daquelas condições ambientais que são suportes da própria vida, e o ordenamento jurídico, a que compete tutelar o interesse público, há que dar resposta coerente e eficaz a essa nova necessidade social.

No Brasil – fruto de movimentos populares, da ação de organizações não governamentais e de uma intensa mobilização de partidos políticos progressistas – a atual Constituição dedica um capítulo inteiro ao meio ambiente.

Por ser uma preocupação específica deste momento, vamos repetir, para fixar:

A Constituição em seu artigo 225 cria uma nova figura jurídica ao inovar na titularidade do direito estabelecendo o **direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a todos**; entende-se a noção

⁴⁴ **Direito ambiental constitucional**, p. 36.

de povo, incluindo as **presente e futuras gerações**; supera, pois, o velho direito, que protegia apenas o nascituro, admitindo a titularidade do direito a **gerações futuras** ainda não concebidas. Inova também ao criar uma nova categoria de bens, o **bem de uso comum do povo**. E, ainda, fixa o dever *erga omnes*, do Estado e da coletividade, de **defender e preservar o meio ambiente**.

Esse novo direito – de terceira dimensão – quebra o paradigma tradicional e exige uma nova visão de conceitos e institutos jurídicos tradicionais e, conseqüentemente, uma revisão do direito processual, no qual o conceito de legitimidade, de coisa julgada, entre outros, é adequado para tutelar esse novo direito da solidariedade.

Esse direito não nasce do contrato ou da cidadania, mas, sim, da necessidade de se tutelar o objeto para assegurar a vida, como fim supremo.

Luís Filipe Colaço Antunes⁴⁵ comenta:

(...) uma revolta do objeto, no sentido de que a tutela do bem constitucionalmente protegido se obtém salvaguardando ou reconhecendo direta e objetivamente (pelo próprio ordenamento jurídico) determinadas qualidades do objeto.

Os bens resguardados sob o direito ambiental eram tratados, tradicionalmente, como *res nullius*, ou seja, bens que não pertencem a ninguém, e como qualquer indivíduo pode ter acesso a eles livremente, ninguém seria responsável pela sua degradação. O Direito Romano oferecia como exemplos de *res nullius*, as águas dos rios, dos mares e oceanos, o ar atmosférico, os pássaros e animais silvestres, entre outros. Hoje, ensina Sérgio Ferraz, estes bens passam a ser considerados como

45 O procedimento administrativo de avaliação de impacto ambiental, p. 95.

res omnium, coisa de todos, a todos cabendo o dever de preservá-las e defendê-las, para assegurar a vida com qualidade para as gerações atuais e futuras.

A Constituição também incorpora princípios como o da prevenção – art. 225 § 1º, incisos I a VII – do poluidor pagador – art. 225 parágrafos 2º e 3º.

A partir da Constituição, constrói-se todo um sistema de direito ambiental, surge um bem jurídico ambiental. Isso dá importância à sua função coletiva e social. Analisando o direito português, Canotilho⁴⁶ conclui que

(...) a leitura conjugada das normas constitucionais e das normas legais aponta, desde logo, para a existência de um direito subjetivo ao ambiente, autônomo e distinto de outros direitos também constitucionalmente protegidos, o que determina que o direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado surge como direito subjetivo inalienável pertencente a qualquer pessoa.

O Brasil, com a Lei nº 6.938/81, apresentou ao mundo sua Política Nacional do Meio Ambiente. Nos termos do artigo 2º da Lei, a Política Nacional do Meio Ambiente, visa a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando a assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana.

Em consonância com seus fins, a Política Nacional do Meio Ambiente determina o atendimento de princípios objetivando:

⁴⁶ Procedimento administrativo e defesa do ambiente, In: **R.L.J.**, nº 3802, p. 9., 1991.

- a– Ação Governamental na manutenção do equilíbrio ecológico;
- b– Racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar;
- c– Planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais;
- d– Proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas;
- e– Controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras;
- f– Incentivos ao estudo e à pesquisa de tecnologias voltadas para o uso racional da proteção ambiental;
- g– Acompanhamento do estado da qualidade ambiental;
- h – Recuperação de áreas degradadas; e
- i – Proteção das áreas ameaçadas de degradação.

Os princípios da Política Nacional do Meio Ambiente explicitam, de forma definitiva, o compromisso do País com a preservação da qualidade ambiental.

Política em seu sentido puro é considerada com arte do bem comum, a arte de bem governar.

Dessa forma, a arte de bem governar deve inserir em seus planos e propostas de governo a variável ambiental.

Não se pode imaginar a política de desenvolvimento econômico do país – industrial, comercial ou agrícola – que não considere os impactos que a atividade econômica venha a ter sobre o meio ambiente.

Qualquer política formulada no país não pode ignorar o artigo 225, da Constituição Federal.

Com efeito, para que todos tenham **direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado**, é necessário compartilhar esforços e sacrifícios, “impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presente e futuras gerações”. Aliás, a Constituição Federal incorpora o conceito de **desenvolvimento sustentável**, que exige um uso sustentável da terra; que as indústrias respeitem a qualidade do ar; que não se lancem resíduos poluentes nos rios, sem tratamento primário; que não se destrua a qualidade da água.

Exige, ainda, uma atuação do comércio que limite a disseminação de produtos que possam provocar impacto ambiental, seguindo a tendência do mercado de priorizar o consumo de produtos ambientalmente corretos, com embalagens degradáveis, além de não importar produtos nocivos ao meio ambiente.

Por respeito à Constituição a qual assevera que o meio ambiente é um **bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida**, é necessário que o Poder Público e a coletividade respeitem esse bem comum, compartilhem esses recursos oferecidos pela natureza e não façam do lucro o seu único objetivo desrespeitando os direitos a esse patrimônio comum, bens da natureza, pertencentes a toda a população deste País e à humanidade.

A questão ambiental diante do compromisso legal assumido pelo País deve integrar todas as agendas, influenciar todos os programas e políticas públicas, bem como nortear todas as ações governamentais.

É muito comum ouvirmos a manifestação de pessoas, políticos, entidades e até parte do Governo de que a matéria ambiental é problema do Ministério do Meio Ambiente, do Ibama, enfim dos órgãos ambientais. Nada mais equivocado.

Com efeito, a questão ambiental não pode ser tratada apenas por entidades e instituições envolvidas com o tema. A gravidade e a

seriedade dos problemas ambientais exigem que o tema faça parte do cotidiano dos órgãos governamentais, das empresas, das instituições e da população em geral.

No momento em que um Ministério, como Indústria e Comércio ou Turismo, cria um programa governamental, é evidente que tal programa poderá ter grande impacto ambiental, o mesmo ocorrendo com a decisão sobre a construção de uma rodovia, um porto ou um aeroporto. É o chamado princípio da ubiqüidade que também marca o Direito Ambiental.⁴⁷

Esse princípio justifica a presença da variável ambiental em todas as esferas de decisão que puderem, direta ou indiretamente, provocar impacto ambiental.

Isso também ocorre em relação ao sistema jurídico no qual o Direito Ambiental não pode ser analisado isoladamente; pelo contrário, seu embasamento, comandos e diretrizes, acabam – de uma forma sistêmica – penetrando nos demais ramos do direito.

CONFLITO APARENTE: PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Em razão dos inúmeros problemas enfrentados pela humanidade, a proteção do meio ambiente tornou-se integrante do processo de desenvolvimento.

Em um primeiro momento, houve uma grande reação à propositura e à aprovação de leis ambientais e às limitações a direitos,

47 Segundo **Dicionário Aurélio**, “ubiqüidade” significa propriedade ou estado de ubíquo ou onipresente. E, ubíquo: Do adv. Lat. ubique, em toda parte, com desin. De adj. Que está ao mesmo tempo em toda a parte.

fortíssimos, como o direito de propriedade; ou ainda, às exigências de licenciamento e perda do direito adquirido da licença.

No entanto, com o passar do tempo e a formação de uma consciência de que o mundo não pode crescer de forma indefinida visto que há um limite de capacidade de suporte dos ecossistemas, os formuladores de políticas públicas passaram a considerar a variável ambiental.

Sem uma política ambiental adequada, não é possível atingir qualquer objetivo da política, entendida como arte do bem comum; pois deve ser um de seus pressupostos fundamentais é, justamente, a qualidade de vida do cidadão.

No Brasil, apesar de todo o avanço de nossa legislação, ainda vivemos o confronto entre a pobreza e a preservação ambiental. A **guerra fiscal** entre Estados brasileiros tem feito com que os negligenciem as exigências da natureza fazendo concessões que contrariam a tutela do meio ambiente.

A ética ambiental desaparece diante da perspectiva da geração de empregos e dos efeitos eleitoreiros que tais empregos provocarão na população. No Estado do Paraná, em particular vimos o caso do licenciamento da multinacional automobilística Renault, autorizada a construir sua fábrica em uma área de mananciais.

Parece haver um consenso, da maioria da população, de que é mais importante a geração de empregos que a observância de limitações ambientais. Há, também, uma opinião generalizada de que a preservação ambiental confronta com o desenvolvimento econômico.

Reflexo dessa opinião é o comportamento, verificável, das autoridades, em geral, especialmente, prefeitos municipais, os quais diante

da perspectiva de instalação de uma nova indústria se esquecem por completo de todas as regras de preservação ambiental.⁴⁸

O mais grave em tudo isso é o chamado efeito **carona** como resultado da inércia e da complacência das autoridades. O que ocorre com relativa frequência é o fato de que uma determinada empresa poluente, que não fez investimentos necessários para evitar poluição ambiental, no momento em que é fiscalizada, recebe sucessivas concessões de prazos para cumprir a lei. A cada visita das autoridades a empresa solicita o auxílio de políticos, especialmente do executivo local, que por sua vez mantém contatos com autoridades de maior hierarquia. Os argumentos são sempre os mesmos: a empresa é um exemplo de dedicação e seriedade, está descapitalizada, não dispendo dos recursos

48 É conhecido, no Paraná, o episódio do pedido de licenciamento para a construção da barragem de Tijuco Alto. Uma empresa fabricante de alumínio decidiu pela construção da barragem para geração de energia elétrica para uma de suas fábricas. Apresentado o pedido de licença foi exigido um estudo prévio de impacto ambiental. A barragem seria construída no território do Município de Cerro Azul, à época um dos municípios mais pobres do Estado. A barragem representaria a redenção econômica da cidade, pelo menos durante o período da construção, por esta razão, contou com a simpatia da quase unanimidade da população local. Entretanto se de um lado a barragem geraria empregos, de outro provocaria danos irreparáveis ao patrimônio espeleológico nacioanl, pois na região se encontram importantes cavidades subterrâneas, além do que sepultaria grande riquezas minerais, posto que o Estado do Paraná tem seus principais recursos minerais praticamente localizados naquela região. Designada audiência pública, para análise das conclusões do EIA/RIMA, foi realizada grande mobilização pelo Prefeito da cidade e por políticos de nível estadual a ele ligados. Os únicos contrários à realização da obra foram os ambientalistas da capital do Estado que objetivavam a preservação do grande patrimônio natural do Estado e do País. Foram considerados inimigos da população, inimigos do progresso e ameaçados, inclusive quanto à sua integridade física. As ameaças anteriores à data de realização da audiência impediram, inclusive, participação de um grande número de interessados. Este episódio mostra a necessidade de, em situações como relatada, arealizar a audiência pública em local onde não haja riscos de pressões ou ameaças. É a regra do artigo 2º, § 4º da Resolução 009/87 - CONAMA, quando estatui que a audiência pública deverá ocorrer em local acessível aos interessados. Igualmente, a regra do § 5º do artigo mencionado, estabelece que em função da localização geográfica dos solicitantes e da complexidade do tema, poderá haver mais de uma audiência pública sobre o mesmo projeto, e o respectivo Relatório de Impacto Ambiental-RIMA.

para o investimento na área ambiental, se for fechada ou tiver suas atividades suspensas, centenas de empregos serão comprometidos e a situação de desemprego, já séria irá se agravar etc. Paralelamente a esta empresa existe uma outra, em geral, do mesmo ramo, que fez todos os investimentos em prevenção de danos ambientais e opera, de maneira exemplar os seus sistemas. Como a empresa irregular e a regular acabarão por receber o mesmo tratamento esta sensação de impunidade acabará por tomar conta de outras e outras, gerando o que os americanos denominam de **efeito carona**.

O grande desafio da sociedade é encontrar o ponto de equilíbrio e, especialmente, conscientizar dirigentes e empresários de maneira geral, da importância do desenvolvimento sustentável.

Na verdade, diante da determinação constante do artigo 225 da Constituição Federal, é concludente a afirmação de que o meio ambiente representa acima de tudo um princípio reitor da política social e econômica. Como tal, no momento em que a Constituição afirma ser dever de todos defendê-lo e preservá-lo para as atuais e futuras gerações, está determinando a observância das regras de respeito ao meio ambiente em todas atividades econômicas.

Na análise dos direitos fundamentais, individuais, sociais, políticos, difusos e coletivos, vai se constatar que, para assegurar o direito fundamental e individual à vida, são necessárias regras de direito econômico capazes de gerar instrumentos de controle, para que a atividade econômica não comprometa o direito social à saúde.

Assim a formulação de regras jurídicas sobre zoneamento econômico-ecológico, insere em planos urbanísticos gerais ou especiais, apropriados ao controle da atividade econômica, faz com que não prevaleça apenas o interesse individual sobre o lucro, mas o coletivo.

A utilização do espaço, determinada em zonas de uso, com regras claras sobre a sua ocupação, exigirá limitações ao direito de propriedade como meio de assegurar o direito à insolação, aeração, lazer, locomoção confortável, que resultarão em qualidade de vida.⁴⁹

O estabelecimento de limites para a atividade econômica decorre da necessidade de adequar o desenvolvimento de tais atividades à disponibilidade dos recursos naturais.

Medidas fiscais e extrafiscais, o estabelecimento de sanções e proibições têm por finalidade corrigir distorções e fazer com o que capital da natureza seja considerado nos custos de produção e na atividade econômica em geral.

Não é possível convivermos com um modelo no qual ocorre a capitalização de benefícios e a socialização de custos.

A correção das externalidades negativas com sua incorporação nos custos irá resultar na obtenção de custos reais. Na verdade as relações econômicas ficarão mais complexas, no entanto chegaremos a preços reais e poderemos eliminar a injusta responsabilização dos inócentes que, com seus tributos, pagam os danos ambientais causados para benefícios de poucos.

O estabelecimento de limites ao crescimento visando à obtenção de sustentabilidade não ofende direitos fundamentais, uma vez que diante do princípio da proporcionalidade é lícito e justo sacrificar o interesse individual diante do interesse coletivo.

Não há crescimento econômico que justifique o comprometimento da qualidade de vida. Todo crescimento baseado na destruição da vida será falso.

49 O zoneamento e as regras de uso do solo na Cidade Industrial de Curitiba são exemplares, limitando e disciplinando o solo de maneira adequada e sustentável.

Assim, a roca de poder das externalidades negativas representará uma correção da injustiça ambiental promovendo a incorporação dos custos ambientais.

Mais do que uma mudança econômica, política ou jurídica impõe-se uma mudança cultural, pois a implementação do novo modelo econômico passa pelo envolvimento da sociedade.

Só teremos um mundo mais justo e fraterno com melhor qualidade de vida quando o ambiente fizer parte de todas as agendas, fizer parte dos valores das pessoas, fizer parte dos sonhos das pessoas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O crescimento assustador da população mundial, aliado à grande geração de resíduos e concentração populacional nos centros urbanos exigiu uma nova postura do jurista que deixa de se preocupar apenas com a construção de uma sociedade justa para propiciar, por meio do Direito Ambiental, a construção de uma sociedade justa em um planeta habitável onde seja assegurado a todos o direito não apenas à vida como existência, mas sobretudo, o direito à vida com qualidade.

O direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental, diante de sua natureza e importância para a sobrevivência da espécie humana.

O ser humano passou a ter necessidade de proteger o meio ambiente não em decorrência de demandas ou exigências humanas, mas em decorrência de uma *revolta do objeto*, na qual a natureza, diante das agressões sofridas, reage de maneira tão dura, que exige do homem a formulação de novos conceitos econômicos, tecnológicos e jurídicos, para possibilitar a continuidade da vida no planeta, especialmente para as gerações futuras.

A nova realidade mundial fez com que a questão ambiental passasse a fazer parte do cotidiano do consumidor. Dessa forma, o mercado vem forçando empresas a adotar uma postura de respeito ao meio ambiente. Isso leva à internalização do custo ambiental.

O crescimento econômico deve encontrar limites fixados tanto pela Economia quanto pelo Direito, fazendo com que permaneça nos limites da **capacidade de suporte do Planeta Terra**, o ser humano constitui elemento dentro de um conjunto maior que é o sistema da natureza e, como tal deve estabelecer limites para sua ação e crescimento.

A incorporação da variável ambiental nas empresas é, portanto, hoje, uma decorrência do mercado, que não tolera mais empresas poluentes, agressoras do meio ambiente e não adeptos a um modelo de desenvolvimento sustentável.

A gravidade e a seriedade dos problemas ambientais exige que este tema faça parte do cotidiano dos órgãos governamentais, das empresas, das instituições e da população em geral.

O estabelecimento de limites ao crescimento com vistas à obtenção de sustentabilidade não ofende direitos fundamentais, uma vez que diante do princípio da proporcionalidade é lícito e justo sacrificar o interesse individual diante do interesse coletivo. Isso ocorre, porque não há crescimento econômico que justifique o comprometimento da qualidade de vida. Todo crescimento baseado na destruição da vida será falso.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Luis Filipe Colaço. **O procedimento administrativo de avaliação de impacto ambiental**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

- ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. O princípio do poluidor pagador. **Boletim da Faculdade de Direito**. Studia Iuridica, 23, Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- BOBIO, Norberto. **Teoria geral do Direito**. Bogotá: Ed. Temis, 1988.
- BORGES, Roxana Cardoso; VARELLA, Marcelo Dias. **O novo em Direito Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.
- _____. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.
- _____. Procedimento administrativo e defesa do ambiente. In: **R.L.J**, n. 3802, p. 9, 1991.
- COMISSÃO DE DESENVOLVIMENTO E MEIO AMBIENTE DA AMÉRICA LATINA E DO CARIBE. **Nossa Própria Agenda**. Washington DC, Banco Interamericano de Desenvolvimento & Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 1992
- DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1996.
- DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. **Tutela ambiental e contencioso administrativo** (da legitimidade processual e das suas conseqüências). Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- FERRAZ, Sérgio. Direito Ecológico, perspectivas e sugestões. **Revista da Consultoria Geral do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 2, n. 4, p. 43-52, 1972.
- FIELD, Barry C. **Economía ambiental**. Una introducción. Traduzida do inglês Environmental Economics an Introducción, por Leonardo Cano, McGraw-Hill, Bogotá, 1995.,
- _____. **Economía ambiental**. Trad. Leonardo Cano. Bogotá: McGraw-Hill, 1995.
- FERRAZ, Sérgio. Direito Ecológico, perspectivas e sugestões. **Revista da Consultoria Geral do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 2, n. 4, p. 43-52, 1972.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Disciplina urbanística da propriedade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.
- FIORILLO, **Manual de Direito Ambiental e legislação aplicável**. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- _____. **Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos no Direito Processual Civil Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

MAIMON, Dalia, **Ensaio sobre economia do meio ambiente**. Rio de Janeiro: APED-Associação de Pesquisa e Ensino em Ecologia e Desenvolvimento, 1992.

_____. **Passaporte verde-gestão ambiental e competitividade**. Rio de Janeiro: Qualitymark

MATEO, Ramón Martín. **Tratado de Derecho Ambiental**. Madrid: Editorial Trivium, 1991. v.1

_____. **Tratado de Derecho Ambiental**. Madrid: Editorial Trivium, 1992. v 2.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

MORENO, José Luis Serrano. **Ecología y derecho**. Granada, Ecograma, 1992.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos**. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor** Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Forense Universitária, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

UICN – União Internacional para Conservação da Natureza; PNUMA – Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente & WWF – Fundo Mundial para a Natureza. **Cuidando do Planeta Terra** – uma estratégia para o futuro da vida. Publicação conjunta da tradução brasileira. São Paulo: Editora CL-A Cultural, 1991.

TUNG, Mao Tsé. **La construcción del socialismo**. Madrid: Editorial Fundamentos, 1975.

ZSÖGÖN, Silvia Jaquenod de. **El derecho Ambiental y sus principios rectores**. Madrid: Dikinson, 1991.

REFLEXÕES SOBRE A LIVRE INICIATIVA COMO UM DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Ruy de Jesus Marçal CARNEIRO

No pórtico do Texto Constitucional brasileiro de 1988 é inaugurada uma nova realidade no País. Ali, aparece um importante registro: o Título I, que informa a maneira pela qual os novos tempos políticos deveriam imperar junto à nacionalidade brasileira. O registro refere-se à prescrição “Dos Princípios Fundamentais”, os quais deveriam ser observados dali em diante na sociedade, marcada, por mais de duas décadas, pelo arbítrio, pela ignorância e pelo desrespeito à dignidade da pessoa humana e à brasilidade de uma forma geral.

Em razão disso, por certo, é que o legislador **constituinte** (ou **instituinte**?) entendeu de, após os tempos vividos de tamanho obscurantismo, moldar uma nova realidade para que todos, indistintamente, pudessem trabalhar e usufruir da vida nacional, sem qualquer constrangimento ou dificuldade pela sua forma de pensar, de agir, de criar e de trabalhar nos seus ofícios e nas suas idéias e criações.

A propósito das expressões cunhadas no parágrafo anterior: **constituinte** e **instituinte**, para que se as conheçam na inteireza dos seus conteúdos semânticos, embora não seja o objetivo do presente ensaio, uma boa indagação a se fazer é saber-se o que elas representam e se o chamado legislador inaugural é **constituinte** ou **instituinte** e do quê o é. Antes que se avance para o desenvolvimento da reflexão, objetivo do presente trabalho, é importante que se façam algumas observações,

para a clareza do pensamento do que aqui restará afirmado. Nessa esteira, como se viu anteriormente existem duas expressões destacadas – **constituente** e **instituinte** - e das quais adiante se tratará, embora, fundamentalmente, não tenham incidência direta com o tema em exposição, como já exposto.

Num primeiro momento, tais registros poderão confundir o leitor sobre a linha de pensamento que se quer adotar, mas, com os esclarecimentos que se seguirão abrir-se-ão novas clareiras para que se reflita sobre as expressões adotadas pela doutrina constitucional tradicional, cujas significações podem vir a suscitar no espírito dos seus estudiosos as mais variadas interpretações. Por outro pólo, ainda nessa linha, é importante que se busquem atacar paradigmas que se enquistam no âmbito do estudo do direito constitucional, em conquista, sempre, de novos caminhos interpretativos. Assim, pois, far-se-á, a seguir.

Comuníssima na doutrina tradicional a utilização das expressões **poder constituinte originário** e **poder constituinte derivado**, para dar conta e explicitar que aquele é o primeiro momento da vida da criação e materialização do texto de uma Constituição:

1º) quando ela aparece pela vontade popular; na oportunidade em que os representantes de uma sociedade reúnem-se em Assembléia Nacional Constituinte, para ditar novos caminhos para os seus destinos;

2º) o outro momento, dizem muitos, é a ocasião em que a Constituição merece ser reformada, por emendas ao Texto original, ou por via de Revisão, por meio dos mesmos parlamentares escolhidos e eleitos por essa mesma comunidade, cuja competência é exercitada, primordialmente, conforme moldes contidos e explicitados no mesmo Texto, para tecer a legislação infraconstitucional. São, como se sabe, os

chamados **legisladores ordinários**. Este é o tratamento que se dá no âmbito da doutrina já referida.

Entretanto, e de pronto, e num rápido parêntese, ataquem-se estas duas expressões: **poder constituinte originário** e **poder constituinte derivado**. À primeira delas uma pergunta muito simples: se é o que se quer denominar de **poder constituinte originário**, em sendo constituinte, já não o é **originário**? Não seria, pois, uma redundância perfeitamente dispensável? Quanto à expressão **constituinte**, os registros anteriores já deixaram claro a dúvida quanto a essa denominação que se aplica.

À segunda expressão, **poder constituinte derivado**, também de forma muito clara, uma outra pergunta: **derivado** do quê? Ora, como se sabe, o legislador que reforma o Texto Constitucional, por meio de Emendas constitucionais e/ou de revisão, é o mesmo legislador que apresenta, discute e vota projetos de leis complementares, ordinárias, delegadas e de conversão para medidas provisórias etc. O processo legislativo disciplinado pelo Art. 59 da Constituição Federal demonstra com clareza esta interpretação.

Em outras palavras, como já afirmado anteriormente, o legislador de que se trata é o mesmo parlamentar, que tem competência para o exercício do processo legislativo de que cuida o dispositivo retro apontado. Para confirmar o registro, veja-se o que disciplina a referida dicação constitucional; por conseguinte, o legislador é um só, porém com uma gama de competência legiferante, tal como se vê em seguida:

Art. 59 - O processo legislativo compreende a elaboração de:

I - emendas à Constituição;

II - leis complementares;

III - leis ordinárias;

- IV - leis delegadas;
- V - medidas provisórias;
- VI - decretos legislativos;
- VII - resoluções.

Embora a linha deste trabalho enverede para uma outra reflexão, mesmo assim, seria de bom alvitre especular nessa frente que se levanta para, enfrentar alguns modelos e paradigmas, buscando-se evitar que eles, como já se afirmou, se enquistem e para que se permita que outras linhas de pensamento sejam oferecidas para a busca do debate em torno do referido tema. Por certo, todos hão de entender a necessidade de que se ataquem certos paradigmas que vão, ao longo do tempo, fossilizando-se e ditando cátedra.

Agora, então, numa investigação de conteúdo científico, deve-se saber o que vem antes: o **Estado**, ou a sua **Constituição**, enquanto legislação normativa, que o regulamenta, que o organiza juridicamente. A resposta é muito simples, pois, de início, o que se quer é a **instituição** (a criação) de um Estado, tanto no seu aspecto político quanto sociológico. Por conseguinte, não se pode regulamentar o que ainda não existe. Por conseqüência, o Estado, como Nação jurídica e politicamente organizada antecede o seu Texto Constitucional; nascendo esse para disciplinar e refrear, nos seus excessos, a força desse mesmo Estado, para que não se torne autoritário, tampouco morada do autoritarismo e da barbárie, exaltando, ainda, os direitos e as garantias fundamentais dos membros dessa mesma sociedade.

Veja-se, no ponto, o que registra o Preâmbulo da Constituição Federal brasileira, no tocante ao nascimento (a criação) do Estado deste País: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para **instituir** um Estado Democrático

(...)” (destacou-se). Logo, o que se fez, por primeiro, foi **instituir**, criar a figura do Estado, que se quis Democrático e de Direito. Como se observa, há dois componentes distintos e, conseqüentemente, de significações diferentes, já que a expressão **instituir**, no sentido de criar, é diferente de **constituir**, na significação de organizar o que fora criado e instituído. Por causa disso, resta explicitar, ainda, a presente indagação: poder Constituinte ou poder Instituinte? A segunda das expressões apontadas, neste aspecto significativo, aparenta ser a mais aplicável à espécie aludida. Fica, entretanto, o registro para reflexão dos estudiosos, a partir da presente lembrança.

Pois bem, de volta ao tema de que se quer tratar, assim que o referido legislador inaugural principiou por dar notícia das razões pelas quais o novo Estado a ser instituído era aquele desejado pela população brasileira, mostrou, igualmente, as cores das novas tintas que o recobririam, bem assim de que forma esse mesmo Estado estava a ser criado e qual seria o seu relacionamento com todas as pessoas que nele residiam.

Nessa linha de raciocínio, num primeiro momento era mister que se apontasse o norte, o ponto de partida e os objetivos desse novo Estado, que se veriam corporificados num texto escrito – a Constituição da República. Assim, pois, não poderia ser de outra forma, senão, por meio da figura dos seus **sobreprincípios** e **princípios** mostrarem as escolhas havidas pelo legislador constituinte no âmbito de tal trilha. Andou muito bem o legislador, agora, sim, com as prerrogativas de legar à sociedade um texto escrito, buscando objetivar uma linha principiológica que o integraria de ali e para o futuro, ante a nova realidade democrática e libertária por que a população brasileira ansiara e a qual ela conquistara.

Ante o novo desafio, salutar seria que **sobreprincípios** e também **princípios**, chamados de “fundamentais” pela representação popular,

que se reunira em Assembléa Nacional Constituinte (ou **Congressual**¹?), pudessem ser estabelecidos e adotados, como verdadeiramente o foram. E isso ocorreu de forma clara, expressa e contundente, a fim de que não causasse nenhuma dúvida aos intérpretes constitucionais, que, a partir daí, cuidariam da missão de dizer para o que vinham as novas normas jurídicas, fossem os doutos, iniciados na matéria, e até mesmo os do povo, pois uma Constituição deve ser clara, sem quaisquer dificuldades no acesso a sua compreensão, permitindo que o mais simples dos homens possa conhecê-la e interpretá-la, sem qualquer dificuldade. Assim, tem que ser um documento eminentemente político e destinado a todos os que se acomodam num determinado espaço territorial e geográfico, a fim de que imperem ali todas as dimensões determinadas por essa Lei Maior.

Pois bem, de volta à calha da reflexão do presente trabalho, encaminhe-se, agora, para as especulações que se pretende atacar.

A Constituição Federal é um todo movido por **sobreprincípios** e **princípios**, desde o primeiro dos seus dispositivos e até muitos outros pertencentes ao seu sistema. Primeiramente, é mister que se conceitue um e outro, já que ambos possuem relevante importância para efeito

1 Por que a expressão congressual? Pela razão de que a Assembléa Nacional Constituinte instalada para dar vida à Constituição de 1988 ocorreu de forma singular. Explica-se. O Art. 1º da EC nº. 26 à Constituição 1967, estava assim diccionada: “Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléa Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional”. Assim, todos os membros do Congresso Nacional eram, à época e a um só tempo, legisladores constituintes e legisladores ordinários, inclusive com a presença de um terço dos Senadores eleitos indiretamente, em 1978, os chamados Senadores “biônicos” – EC nº. 8, de 14 abr. 1977, à CF/67 -, razão por que não havia uma Assembléa Nacional Constituinte na acepção lata do termo, mas sim imbricações de duas atividades distintas, num mesmo corpo de competências, ou seja, fazer leis infraconstitucionais à luz da Constituição que se esvairia e constituir uma nova Lei Maior. Por isto, a expressão congressual, que se adotou.

de interpretação a fim de buscar de forma concreta sua importância dos mesmos no tecido constitucional.

Preliminarmente, é importante que se busque o conteúdo de significação de ambas as expressões: **sobreprincípio** e **princípio**.

A primeira – é tratada por Celso Antônio Bandeira de Mello, o qual afirma que:

Princípio, já averbamos alhures, é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.²

Muito embora faça referência à expressão **princípio**, observa-se que pelo enunciado apresentado ele vai além da significação do termo. E isso, por uma simples razão: na sua assertiva, ele registra a grandeza e o prestígio do vocábulo ao afirmar que

(...) é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e

2 **Curso de Direito Administrativo**, 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 882-883.

servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Ora, só pode ser neste âmbito o “mandamento nuclear de um sistema”, o jurídico de que se está a falar; algo em volta do que gravitam as demais disposições que formam este mesmo sistema; se é o “mandamento nuclear”, é dali que defluem todas as ordens, todos os caminhos e toda a orientação para a existência desse mesmo sistema.

Assim, pode-se entender que não importa o rótulo com que se apresenta um enunciado, o importante é a substância que ele contém e a sua essência criadora.

Destarte, percebe-se que o mencionado autor quis se referir a uma figura muito mais importante do que um simples **princípio**, interpretando-se este como se fosse tão só “(...) **o início, o ponto de origem, o ponto de partida, a hipótese-limite escolhida como proposta de trabalho**”. Não! Ali, ele vai além disto. Dirige-se para um campo maior, ou seja, quer se referir a um conteúdo mais elevado e de uma outra esfera de importância que, por fim, é quem sustenta todo o ordenamento: o **sobreprincípio**, pois sobrepaira a todos os demais elementos que possam existir, inclusive sobrepõe-se aos **princípios**, esses enquanto **início, o ponto de origem, o ponto de partida**, como já anteriormente demonstrado.

Talvez resida aí a interpretação que o mesmo autor lhe deu em afirmativa respeitada na doutrina pátria, quando afirmava peremptoriamente que:

(...)

4. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura neles esforçada.

Após a assertiva, segue o seu raciocínio, estribando-se em escrito de Agustín Gordillo, para concluir:

*La norma es limite, el principio es limite y contenido. La norma dá a la ley facultad de interpretala o aplicarla em más de um sentido, y el acto administrativo la facultad de intepretar la ley em más de um sentido; **pero el principio establece una dirección estimativa, um sentido axiológico, de valoración, de espíritu.**³ (Destacou-se).*

Verifica-se, por conseguinte, e em amparo ao ponto de vista aqui externado, que as **normas**, inclusive as constitucionais, **dividem-se em regras e em princípios**, cabendo afirmar que aquelas – do gênero em análise, enquanto os dois outros elementos – **regras e princípios**

3 **Curso de Direito Administrativo**. 18.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 882-883; vide, também, com a mesma assertiva: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ato administrativo e direito dos administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 88.

– são as partes do todo, nada mais sendo os dois últimos, que espécies da primeira.

Essa linha de pensamento é igualmente adotada por J. J. Gomes Canotilho⁴, quando afirma que:

1. **Normas, regras e princípios** – A teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia entre normas e princípios (*Norm-Prinzip, Principles-rules, Norm und Grundsatz*). Abandonar-se-á aqui essa distinção para, em substituição, se sugerir: (1) **as regras e princípios são duas espécies de normas**; (2) a distinção entre **regras e princípios** é uma distinção entre duas espécies de **normas**. (Destacou-se).

A se aceitar a assertiva, tal como se apresenta, de **Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer**, poder-se-ia enveredar por um paradoxo, posto que à simples leitura e interpretação tal qual como colocado, ao se violar um princípio, na tradicional classificação, onde a **norma** divide-se em **regras** e em **princípios**, violada uma de suas partes (os **princípios**) estaria violado o todo. Logo, há de se pensar, neste ponto, que o que não se pode realmente violar é mais do que um simples **princípio**, enquanto norte ou ponto de partida, mas, sim, um **sobreprincípio**.

Não se o pode afrontar, por força da carga axiológica que contém como já afirmado, pois este reside no alto de qualquer estrutura, ou, ainda, fora mesmo dessa estrutura, como elemento informador e básico para o ordenamento jurídico, ou como assevera o mesmo autor, Celso Antônio Bandeira de Mello, ao citar Agustín Gordillo: (...) pero

⁴ **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1034.

el principio” (ou **sobreprincípio**?) “establece uma dirección estimativa, um sentido axiológico, de valoración, de espírito.”⁵

Num primeiro passo, sabe-se que princípio significa, semanticamente, no dizer de Paulo de Barros Carvalho⁶:

(...) **uma palavra que freqüenta com intensidade o discurso filosófico, expressando o “início”, o “ponto de origem”, o “ponto de partida”, a “hipótese-limite” escolhida como proposta de trabalho.** Exprime também as formas de síntese com que se movimentam as meditações filosóficas (“ser, “não ser”, “vir-a-ser” e “dever-ser”), além do que tem presença obrigatória ali onde qualquer teoria nutrir pretensões científicas, pois toda a ciência repousa em um ou mais axiomas (postulados). (...) **Agora, o símbolo lingüístico que mais se aproxima desse vocábulo, na ordem das significações, é “lei”.** Dizemos, por isso, que há uma lei, em **Física**, segundo a qual “o calor dilata os corpos”, “os metais são bons condutores de eletricidade”, “a matéria atrai a matéria na razão direta das massas e na razão inversa do quadrado das distâncias”; (...) em **Economia**, falamos em “lei da oferta e da procura”, ao mesmo tempo em que afirmamos que a **História** é fundamentalmente diacrônica”, para ingressarmos nos domínios dos objetos culturais, onde ao lado de “leis” ou “princípios” descritivos, vamos encontrar as prescrições éticas, religiosas, morais etc., que ostentam o porte de autênticos “princípios”. Como des-

⁵ Op. cit, p. 883.

⁶ **Revista de Direito Tributário**. São Paulo: Editora RT, Ano 15, nº. 55, p. 143, Jan-Mar. 1991.

dobramentos dessa descritividade ou prescritividade, lidamos com “princípios gerais” e “específicos”, “explícitos, ou “implícitos”, classificando-os como “empíricos”, “lógicos”, “ontológicos”, “epistemológicos” e “axiológicos”. Tudo isso é índice da riqueza significativa que a palavra exhibe, compelindo-nos a um esforço de elucidação para demarcar o sentido próprio que desejamos imprimir ao vocábulo, dentro de seu plano de irradiação semântica. Impõe-se uma decisão para cada caso concreto, principalmente se a proposta discursiva pretender foros de seriedade científica. (Destacou-se).

Outros autores não discrepam do ponto, como se verá a seguir.

Paulo Bonavides, na esteira doutrinária de Luís Díez Picazo, registra que:

A idéia de princípio, (...), deriva da linguagem da geometria, **‘onde designa as verdades primeiras’**. Logo acrescenta o mesmo jurista que exatamente por isso são ‘princípios’, ou seja, ‘porque estão ao princípio’, sendo ‘as premissas de todo um sistema que se desenvolve **more geométrico**.’⁷ (grifos nossos)

Sílvio de Macedo⁸ aponta:

⁷ **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 255.

⁸ **Enciclopédia Saraiva de Direito, precatório-princípio da irretroatividade**. São Paulo: Saraiva S.A., 1977, p. 504-505. v. 60.

Princípio – Vocábulo oriundo do latim *principium*, que significa começo, origem, ponto de partida. Na linguagem científica: fundamento causa. Termo introduzido na filosofia por Anaximandro. Aristóteles enumera os vários sentidos do termo ‘princípio’, na *Metafísica*, Liv. V, 1, 1012b 32-1013 a 19, aduzindo à enumeração antiga mais o sentido de ‘causa’.

Christian Wolff, no século XVIII, define o princípio como aquilo ‘que contém em si a razão de alguma coisa’ (**Ontologia**, § 866, de modo análogo ao de Aristóteles).

Kant restringe, porém, o termo ao campo gnoseológico: ‘Princípio é toda proposição geral, resultante de uma indução de experiência, que sirva de premissa maior ao silogismo’ (*Crítica da Razão Pura*, **Dialética**, II, A).

Henri Poincaré conceitua o princípio como ‘uma lei empírica, subtraída ao controle da experiência, obedecendo a motivos de simples comodidade’ (**La Valeur De La Science**, p. 239).

Assim o termo tem uma larga utilização no vocabulário científico, filosófico e teológico, assumindo as diversas conotações dentre as acima citadas pelos grandes autores. A utilização do termo na linguagem jurídica não oferece conotação diversa.

Já, por outro norte, a expressão **sobreprincípio** (ou **meta-princípio**) é definida da forma que se segue no cotejamento apresentado entre esse e a expressão **princípio** por parte de Paulo de Barros Carvalho⁹. Registra ele, então:

⁹ Op. cit. p. 105-151.

(...)

8. **Princípios e sobreprincípios** – ‘princípios’ que operam para a realização de outros “princípios” superiores na escala hierárquica. Coloquemos entre parênteses as corriqueiras dissensões ideológicas que separam os juristas em múltiplas direções e meditemos na organização de um conjunto qualquer de valores jurídicos. Há **princípios e sobreprincípios**, isto é, **normas jurídicas que portam valores importantes e outras que aparecem pela conjunção das primeiras**. Vejamos logo um exemplo: a isonomia das pessoas políticas de Direito Constitucional interno tem importante repercussão no setor das imposições tributárias. Não há, contudo, formulação expressa que lhe corresponda no texto do direito positivo. **Emerge pelo reconhecimento de outras normas que, tendo a dignidade de princípios, pelo quantum de valor que carregam consigo, fazem dele um sobreprincípio**. Realiza-se pela atuação de outros princípios. Assim também ocorre com o primado da justiça. Agora, há um princípio que sempre estará presente, ali onde houver direito: trata-se do cânone da certeza jurídica, entendido o termo não como garantia de previsibilidade da regulação da conduta (que é uma de suas acepções), mas como algo que se situa nos fundamentos do dever-ser, ínsita que é ao domínio do deôntico. Na sentença de um magistrado, que põe fim a uma controvérsia, seria absurdo figurarmos um juízo de probabilidade, em que o ato jurisdicional declarasse, como exemplifica Lourival Vilanova, que A possivelmente deve reparar o dano causado por ato ilícito seu. Não

é sentenciar, diz o mestre, ou estatuir, com pretensão de validade, o certum no conflito de condutas. E, ainda que consideremos as obrigações alternativas, em que o devedor pode optar pela prestação A, B ou C, sobre uma dela há de recair, enfaticamente, sua escolha, como imperativo inafastável da certeza jurídica. Eis outro sobreprincípio, mas de feição independente, pois querendo ou não querendo o legislador, havendo ou não havendo justiça, segurança ou qualquer valor jurídico que se colha para a experiência, as normas do sistema hão de consagrá-lo, para poder aspirar ao sentido deôntico. Regra do direito que não discipline comportamentos intersubjetivos com observância do princípio da certeza expressará um sem-sentido na linguagem do dever-ser. **Torna-se evidente que a certeza jurídica é também um sobreprincípio**, mas dotado de aspectos lógicos peculiares, que lhe atribuem preeminência sintática com relação a todos os demais. O campo de irradiação semântica da locução certeza jurídica, todavia, abriga também o sentido, como dissemos, de possibilidade de previsão, pelos destinatários da mensagem normativa, do modo como se dará a regulação da conduta. Dito de outra forma, a confiança de que, acontecidos certos eventos que a norma tipifica, os direitos e deveres prescritos estavam adredemente conhecidos, uma vez que as regras jurídicas repartem os comportamentos entre as três regiões materiais (permitido, proibido e obrigatório) e, ao fazê-lo, canaliza as condutas na direção de determinados valores. Essa proporção de sentido, mesmo que cabível como fonte de indagação, como autêntico valor do ordenamento, tem sempre a relatividade própria das

questões ideológicas. Com efeito, que se pode prever se o fato X vai ou não ensejar a prestação jurídica P é alguma coisa perfeitamente admissível onde houver um pingão de racionalidade no sistema considerado. Entretanto, saber, antecipadamente, como vão comportar-se os sujeitos da relação, no que tange ao cumprimento do dever jurídico ou com que intensidade o titular do direito subjetivo público vai exigir ou não o conteúdo da prestação, é assunto bem diferente. Dependerá da maneira pela qual a comunidade jurídica estiver utilizando seus signos, variação que depende de uma série de fatores extralingüísticos e circunstanciais, que ninguém pode prever com rigor. Estamos, aliás, na dimensão pragmática da linguagem do direito, caracterizada por forte oscilação de tendências e intensa variação de expectativas, responsável direta por mutações semânticas e sintáticas no conjunto dos signos. (Destacou-se).

Vê-se, por conseguinte, que **sobreprincípio** e **princípio** são expressões de significações distintas. A primeira coloca-se acima do próprio ordenamento jurídico, com ele não se misturando, nem nele estando incluído, tão só orientando esse mesmo ordenamento jurídico, com relação à carga axiológica que, ele, sobreprincípio, em si mesmo carrega, residindo, pois, na tessitura legal de forma implícita, cabendo, portanto, ao intérprete buscar o seu significado e o valor da norma posta. A segunda das expressões aparece, inclusive, no próprio tecido constitucional, é uma norma positivada, como, as expressões que contém o Texto Constitucional, quando alude aos princípios da

legalidade, moralidade, eficiência, contraditório etc., aparecendo, portanto, de forma explícita.

Vencidas as premissas que se levantaram, verifique-se, de ora em diante, o objeto da presente reflexão, que trata do princípio da “livre iniciativa”, como fundamento constitucional para a existência do Estado Democrático de Direito e da República Federativa do Brasil.

Neste caminho, pois, a Lei Maior diciona no seu Art. 1º o que se segue:

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

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

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

V - o pluralismo político.

Parágrafo único - Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Observa-se, então, que o referido dispositivo elegeu situações de relevância para a sociedade brasileira, retratando, evidentemente, os objetivos escolhidos pelos legisladores constituintes como de grande importância para a nacionalidade.

Assim é que, como companhia à figura da “soberania”, indispensável e necessária para um Estado que deve preservar a sua autodeterminação, aparecem, em seguida, o respeito à pessoa humana corporifi-

cado no exercício da “cidadania” e da própria dignidade dessa mesma pessoa. A seguir, registram-se outras características que devem merecer a atenção e o respeito desse mesmo Estado, quais sejam: “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” e o “pluralismo político”.

Denota-se, de pronto, que todas estas situações legisladas são verdadeiros fundamentos da República Federativa do Brasil e do Estado que se quis Democrático de Direito. Não são apenas pontos figurativos, mas, sim, importantes sustentáculos do novo Estado eleito pela brasilidade.

Figurativamente, poder-se-ia afirmar que os cinco incisos que compõem o *caput* do Art. 1º da Constituição Republicana são verdadeiros pilares onde se assentam a própria República e o novo Estado, agora Democrático de Direito. Desrespeitado um só deles, qualquer que seja, independentemente de sua carga axiológica, colocar-se-á em risco a própria existência do Estado mesmo e até a sua forma de governo republicano, deitando-os por terra, de forma inapelável.

Aí estão personalizados pelos cinco incisos aquilo que pode ser chamado de mais representativo para a nação brasileira. Verifique-se que cada um, e todos eles, envolvem e protegem a pessoa humana, seja nacional ou estrangeira residente no País, bem como o desenvolvimento e o exercício das suas atividades de cunho político, econômico e social, em benefício de toda a sociedade nacional.

O Brasil vive, todos o sabem, de forma intensa um sistema capitalista, em que as forças do mercado ditam as regras, porque a atual Constituição Federal tem características privatísticas, haja vista os ditames, sobretudo, da “livre concorrência”, que se localizam no Título VII, da “Ordem Econômica e Financeira”, a partir do Art. 170 até o Art. 192.

É verdade, por outro lado, existindo o exercício de uma economia liberal, nem por isto o Estado brasileiro permite que a palmeira

vergue ao sabor do vento, pois é de sua obrigação colocar marcos e limites para que se evite a selvageria de um capitalismo sem ordem e sem freios, pois um dos princípios fundamentais já elencados, o da “dignidade da pessoa humana”, merece ser respeitado porque, afinal, o que deve imperar é o bem-estar da coletividade mesma.

Nessa trilha, pois, a “livre iniciativa” deve ser desenvolvida como uma regra principiológica, para que o homem possa ser criativo e oferecer a sua inteligência e o seu talento em benefício da coletividade com a qual convive, trabalhando, sempre, envolvido não só com os aspectos financeiros e econômicos de suas empresas, mas, sim, que elas possam devolver a essa mesma sociedade, parte dos lucros amealhados por meio do pagamento de tributos, os quais deverão retornar como oferta de serviços públicos por meio de políticas governamentais próprias e adequadas em benefício de todos, tudo, porém, sem excessos ou abusos.

Celso Ribeiro Bastos¹⁰ em importantes linhas, ao tratar da “livre iniciativa” deixou marcado que:

A indústria e o comércio¹¹ fundados no capital, que é um bem artificial, demonstraram que pode haver lucro indefinido. É dizer, pode haver a geração de lucros, formação de capitais de natureza indefinida e, conseqüentemente, a criação de capitais sem ser por meio de subtração do capital de outrem.

[...]

10 **Curso de Direito Econômico**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003, p. 116.

11 Ajunte-se aqui, por importante, a atividade econômica da prestação de serviços, que é um dos pilares da própria Economia.

Portanto, a livre iniciativa é uma expressão fundamental da concepção liberal do homem, que coloca como centro a individualidade de cada um. Para o liberal a livre iniciativa é necessária para a sua própria expansão existencial, para a sua dignidade enquanto homem, porque cabe-lhe imprimir um destino a sua vida, uma escolha, ou seja, a expressão da sua capacidade. Isso tudo só é conseguido através (sic) da liberdade que se reserva a cada um para poder exercer a atividade econômica.

E não mais, como apregoava a Teoria dos Jogos, de acordo com a qual o lucro de um era o prejuízo do outro, que se denominava **jogo de soma zero**, já que, no fim, restaria a mesma quantidade: **o que um tem foi subtraído de outro**.

Nesta linha de raciocínio, verifica-se que o princípio fundamental da “livre iniciativa” deriva de um **sobreprincípio** dos mais importantes que se localiza no Estado Democrático de Direito: o da liberdade.

Miguel Reale, citado por Lafayette Josué Petter¹², tratando do tema da “livre iniciativa” e da liberdade individual, preleciona:

(...) não é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados. Liberdade de fins e de meios informa o

12 **Princípios constitucionais da Ordem Econômica**. O significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 161.

princípio da livre iniciativa, conferindo-lhe um valor primordial, como resulta da interpretação conjugada dos arts. 1º e 170.

Nesta citação, verifica-se a importância do tecido constitucional urdindo um sistema harmônico, pois entrelaça o Art. 1º, no qual se localiza topograficamente o princípio de que aqui se trata – o da “livre iniciativa” –, bem como apresenta um outro dispositivo, o Art. 170, *caput*, o qual, ao apontar os princípios gerais da atividade econômica, ressalta mais uma vez a presença da “livre iniciativa”, assim registrando: “Art. 170 – A ordem econômica, **fundada na valorização** do trabalho humano **e na livre iniciativa**, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)”. (Destacou-se).

Em reforço à tese do exercício da “livre iniciativa”, verifique-se, ainda, que no próprio corpo da Lei Maior – Art. 5º, XIII, a pessoa humana se vê consagrada para o exercício da citada atividade, pois aponta o dispositivo que **é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer**.

Pois bem, claro está que se a “livre iniciativa” é faculdade deontológica, a permitir que a brasilidade, por meio dos componentes de sua sociedade possa exercer “(...) **qualquer trabalho, ofício ou profissão** (...)”. Isto ocorrerá por causa da prescrição do inciso IV, do Art. 1º¹³, do Texto Constitucional. Assim, qualquer do povo, não só de forma

13 “Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político”. (Destacou-se).

societária, mas também individualmente, poderá escolher o caminho que queira para dar azas à sua imaginação, à sua indústria, ao seu talento e à sua criatividade, bastando, tão só, atender “(...) **as qualificações profissionais que a lei estabelecer**”.

Verifica-se, por conseguinte, na esteira dos ensinamentos de José Afonso da Silva¹⁴, que se trata de uma norma de eficácia limitada, tendo em conta que “(...) **o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (...)**” só se realizará de forma concreta desde que se observem os interesses sociais e as qualificações legais, por meio de normas integradoras à imposição constitucional, para que tais labores possam ser exercitados na sua plenitude. Sempre, e num só tom, buscando resguardar o que seja da maior importância para a sociedade brasileira, sobretudo no âmbito social.

Como se vê, tanto um - Art. 1º, IV - quanto os outros – Art. 5º, XIII e Art. 170, *caput* – do Texto Constitucional reforçam a presença do referido princípio como normas criadas dentro de um sistema coerente, que consagra e disciplina o primado da “livre iniciativa”.

Todavia, registre-se, por outro fuso, que o Art. 1º, IV, quando trata da livre iniciativa, está grafado da seguinte forma: “(...) - **IV os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa**”. Neste passo, anota-se que a “livre iniciativa” não vem só e nem deve ser interpretada tão somente com as duas palavras que a compõem, ou seja, “livre iniciativa”. Não, pois o registro de tal dicção contém mais, uma vez que ele todo prescreve, como já apontado, a imbricação dos valores do trabalho e do capital, para que eles, conjuntamente, sirvam de apoio para o progresso e as conquistas nacionais, pois assim está redigido: “**os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa**”.

14 **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 86-87.

Nessa linha, não se pode pretender interpretá-lo de forma gramatical ou, simplesmente, literal, mas sim dentro de todo o sistema constitucional.

Se a “livre iniciativa” é verdadeiramente um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e, por conseqüência, da sua República, ajuntando-se a isto dois outros incisos, de igual forma também registrados como fundamentos - a cidadania e a dignidade da pessoa humana -, deve-se ter em conta que tal aspecto só pode ter a sua importância definitiva desde que se ajunte na interpretação que se quer fazer algo em benefício da sociedade brasileira.

Posto isso, se o referido inciso soma as atividades do labor humano e do capital financeiro empresarial, é assim, então, que deve ser interpretado.

Esclareça-se que a primeira parte do dispositivo determina que o fundamento prescrito pelo Texto Constitucional deva ser voltado para “(...) **os valores sociais do trabalho** (...)”. Logo, se assim é, não se pode buscar o conteúdo interpretativo da segunda parte da referida locução tão somente com a expressão: “ (...) **da livre iniciativa**”, mas sim agregar a ela uma outra força axiológica, ou seja, também os seus “**os valores sociais**”.

Então, é importante que se quede registrado: se o trabalho tem conteúdo de valor social, da mesma forma isto se espalha, igualmente, para a “livre iniciativa”, que deverá ser interpretada face aos primados constitucionais, como “(**os valores sociais**) da livre iniciativa”.

Por isso, a “livre iniciativa” só poderá ser livre desde que as suas atividades e os seus objetivos voltem-se para **a cidadania** e contemplem e respeitem **a dignidade da pessoa humana**. Essas duas últimas expressões, como já afirmado, também fundamentos do Estado Democrático de Direito e da República Federativa do Brasil.

Por essa óptica, quando o exercício da “livre iniciativa” se dá, em respeito aos seus valores sociais, perfeitamente detectáveis, é que a referida norma constitucional é de aplicabilidade imediata, obrigando a que o Estado tenha o condão de uma prestação negativa, ou, ainda, um *non facere*, não podendo agir de maneira que impossibilite a ação do particular no referido campo.

Em caso contrário, quando esse mesmo particular, à guisa de exercitar a referida atividade permitida pelo Texto Constitucional, o faz de forma contrária aos bons costumes, aos valores censurados pela própria sociedade, e, além disso, por exemplo, haja prejuízo à “livre concorrência”, princípio da “ordem econômica e financeira”, o próprio Estado ao contrário, obriga-se a um *facere*, já que ele deve deter, ou se não os detiver, deve providenciar os meios legais e as ferramentas administrativas para coibir os excessos e os abusos dos donos do capital, desde que eles o façam em detrimento da própria sociedade.

O Estado, frise-se, neste ponto, é um meio para atingimento do bem-comum e nunca o fim em si mesmo e nem deve descurar dos propósitos de uma atitude social sadia e saudável, que, em última instância, é da sua obrigação. No caso do Estado brasileiro, sabe-se que as instituições e as normas aí estão para o citado fim, como, por exemplo, no caso de monopólios, cartéis e ferimento dos bons costumes, bem assim a afronta ao princípio constitucional da “livre concorrência”. Nesse caso, não será demais recordar a presença do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, bem assim das Agências Reguladoras que atuam no âmbito do poder executivo federal.

Mesmo registrando, como já se fez anteriormente, que a “livre iniciativa” deriva de um sobreprincípio absoluto – **a liberdade** –, aponte-se que quando ela conflita com o interesse público, ela se faz relativa, pelos valores em contraponto encontrados nos casos concre-

tos. O que importa, pois, no ponto, é o respeito aos interesses da sociedade como um todo. Em outras palavras, trata-se do princípio implícito que envolve a Administração Pública quando da sua relação com o particular: **a supremacia do interesse público sobre o privado**, no sempre atual ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵. Eros Roberto Grau¹⁶ também deixou este pensamento muito bem afirmado, quando asseverou com firmeza:

Isso significa que a livre iniciativa não é tomada, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, **como expressão individualista**, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso. *Mutatis mutandis...*, (Destacou-se).

Vencidos os caminhos das reflexões que se pretendia concretizar e à luz de tudo quanto se apresentou, pode-se, agora, concluir que:

1. é mister que a doutrina brasileira busque tratar de certas terminologias no âmbito da interpretação do direito constitucional, ainda não efetivamente cuidadas, ou, se o estão, vêm aceitando os paradigmas que têm atravessado os anos. Alistem-se aqui, por conseqüência, expressões que se atacaram no texto, tais como **poder constituinte originário, poder constituinte derivado** etc.;

2. para a criação de uma nova forma de Estado, não há de falar em “poder constituinte”, mas sim, “poder instituinte”, tendo em conta que ele aparece anteriormente ao próprio Texto Constitucional, pois é o instrumento de viabilização e de operacionalização daquele;

15 **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, São Paulo: 2005, p. 60 e ss.

16 **A ordem econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e Crítica). 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 200.

3. a Constituição Federal contém um sem número de princípios legislados, que claramente aparecem no seu texto, facilitando a que o intérprete os conheça por inteiro sem muita dificuldade, pois ali estão de forma expressa;

4. há outros princípios que permeiam o Texto, carecendo que o intérprete, para conhecê-los e aplicá-los, debruce-se sobre o sistema constitucional para medi-los axiologicamente;

5. há, igualmente, outros valores que se sobrepõem ao próprio Texto Constitucional e que são de grande valia para a interpretação das dicções apresentadas. São os **sobreprincípios** e/ou **metaprinípios** que trazem a verdadeira carga axiológica sobre as normas da Constituição Federal, dentre eles, como já registrados, por exemplo, aponte-se a Liberdade, a Democracia, a República etc.;

6. a “livre iniciativa”, em sendo, ao lado dos “valores sociais do trabalho”, um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito deste País e da sua República Federativa, se for afrontada fará ruir toda a estrutura desse mesmo Estado, sendo, pois, inconstitucional qualquer situação que a desrespeite ante um caso concreto;

7. por outro prisma, há de ser lembrado que a “livre iniciativa” não subsiste tão só na interpretação dessa simples locução. Ela necessita trazer ínsita na sua formação um valor social, pois, só assim, ela se dará e aparecerá na sua plenitude, tal como aparece com relação ao trabalho, pois ele tem a coroa-lo os seus “valores sociais”;

8. vê-se, assim, que o princípio fundamental da “livre iniciativa” é destinado ao bem-estar do homem. Deve ser anteparo para o exercício tanto da “dignidade da pessoa humana” quanto da “cidadania”, princípios fundamentais de que falam os incisos do Art. 1º da Constituição Federal;

9. por fim, a “livre iniciativa”, no seu exercício, na sua operação e na sua aplicação deve respeitar os ditâmes de uma resposta social, tanto nos seus aspectos mercantis, bem como naqueles de conteúdo de ordem moral. Nunca o lucro tão só pelo lucro, mas sim que a empresa cumpra, por outro fuso, uma função social;

10. o Estado, enquanto meio colocado à disposição da sociedade, e não um fim em si mesmo (e para si mesmo) deve estar atento, com toda a sua estrutura, a fim de que possa fiscalizar intensamente qualquer desvio por parte daqueles que se dedicam a usufruir da “livre iniciativa”, desde que esta desborde de suas práticas mercantis honestas e corretas sob o ponto de vista social e dos bons costumes.

REFERÊNCIAS

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ato Administrativo e Direito dos Administrados**. São paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Econômico**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 35 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

ENCICLOPÉDIA SARAIVA DE DIREITO, V. 60 – precatório-princípio da irretroatividade, Saraiva S.A. São Paulo: Livreiros Editores, 1977.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e Crítica), 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**. O significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

REVISTA DE DIREITO TRIBUTÁRIO, São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 15, n.55, Jan-Mar.1991.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de Direito Econômico**. 5 ed. São Paulo: LTR, 2003.

A SOBERANIA NO PROCESSO DE GLOBALIZAÇÃO: TRADICIONAIS CONCEITOS E SEUS NOVOS PARADIGMAS

Walkiria Martinez Heinrich FERRER

Jacqueline Dias da SILVA

A noção de soberania emerge quando há a consciência da oposição entre o poder do Estado e outros poderes.

Lênio Luiz Streck

A POLÊMICA EM TORNO DO CONCEITO

Soberania representa a racionalização jurídica do poder, ou seja, a transformação da força em poder legítimo, quando o poder de fato se torna poder de direito. É a autoridade de um Estado para ditar ou eliminar normas, manter a ordem e administrar a justiça. Um Estado soberano é aquele que possui autoridade máxima num determinado território e sobre o poder político internacional.

Segundo estudiosos da Teoria do Estado, uma conceituação precisa de **soberania** constitui um exercício demasiado complexo, pois várias são as definições que podem ser localizadas em uma rápida consulta até mesmo em manuais ou enciclopédias especializadas. Imprecisão própria do universo das instituições políticas e sociais, pois o mesmo fato pode ser verificado em relação ao conceito de sociedade e até mesmo do próprio Estado.

Ao proceder um levantamento histórico do conceito de soberania pode ser verificado que a imprecisão deve-se, ainda, ao fato de que du-

rante seu desenvolvimento podem ser observados conceitos relativos ao contexto político, econômico e social no qual foram se delineando as características da soberania, próprias de cada momento histórico.

A palavra **soberania** surge no final do século XVI juntamente com o Estado Moderno, o qual este decorre da necessidade de neutralizar um contexto de instabilidade política, econômica e social presente no final da Idade Média. Instabilidade gerada, dentre outros fatores, pela disputa constante entre o poder temporal, do rei e o poder espiritual, da Igreja, agravada ainda pela descentralização do poder entre barões, condes, duques e outros.

Durante este período, o termo **soberano** indicava mais uma privilegiada posição dentro de um sistema hierárquico do que propriamente a unicidade do poder político, evidenciando uma situação na qual cada barão, conde ou visconde era soberano dentro de seus domínios.

Segundo Dallari, com a afirmação do poder real frente aos demais poderes, até mesmo o da Igreja, temos o amadurecimento deste conceito relativo de soberano, citado acima, e o advento de seu caráter absoluto, ou seja, soberania indicando o poder supremo do Estado.

No final da Idade Média os monarcas já têm supremacia, ninguém lhes disputa o poder, sua vontade não sofre limitação, tornando-se patente o atributo que os teóricos logo iriam perceber a soberania, que no final do século XVI aparece como um conceito plenamente amadurecido, recebendo um tratamento teórico sistemático e praticamente completo.¹

1 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 76.

Nota-se que, das afirmações acima, podemos identificar uma aparente contradição, pois se soberania indica o poder supremo do Estado como justificar o fortalecimento do poder do monarca? Pelo fato de que, nesse período, o Estado estava personificado no monarca, ou seja, o poder soberano do Estado se estendia à pessoa do monarca, situação que pode ser sintetizada na frase do rei da França Luís XIV: “o Estado sou eu”, expressão máxima da teoria do direito divino do poder do monarca e do absolutismo.

Durante seu desenvolvimento histórico, o conceito de soberania vem se transformando e se adequando ao contexto da época. Dos clássicos selecionados para análise no presente texto, embora de forma introdutória devido à complexidade do tema, podemos detectar características que evidenciam a conformidade do conceito com o contexto político, econômico e social de um determinado período histórico.

Esse fato nos leva ao objetivo central deste trabalho, ou seja, o conceito de soberania na atualidade, pois, tendo em vista as transformações advindas da nova ordem social, o conceito clássico de soberania não responde mais às atuais circunstâncias. Até mesmo o papel do Estado transformou-se em decorrência da expressão política do chamado processo de globalização, ou seja, o programa neoliberal de governo.

Mas estas questões serão discutidas em um momento posterior deste trabalho, que inicia sua análise com um breve levantamento histórico do conceito de soberania em alguns clássicos da Ciência Política: Jean Bodin, Thomas Hobbes, John Locke e Jean Jacques Rousseau. Breve, pois a riqueza e complexidade desses autores inviabilizam, neste trabalho, uma análise aprofundada de suas obras, sendo necessário neste momento, esclarecer suas concepções a respeito do conceito de soberania.

JEAN BODIN: O PRECURSOR DO CONCEITO DE SOBERANIA

Na França do final do século XVI, pode ser visualizado um clima hostil com relação à supremacia do poder político, assim como pela disputa religiosa entre católicos e protestantes pela unicidade da religião, porque ambos não aceitavam a dualidade e exigiam um posicionamento do rei com relação à questão. Além disso, em 1573, o jurista François Hotman divulga um estudo denominado Franco-Gália, no qual contestou o fortalecimento do poder real em favor de um governo misto, “no qual a aristocracia serve de intermediária por natureza entre a autoridade real e a autoridade popular”².

Em defesa ao poder absoluto do rei estava um partido denominado “Políticos” e em conformidade com seus ideais encontrava-se o magistrado e professor de Direito Jean Bodin, autor da primeira obra a aprofundar o estudo da teoria da soberania, **Seis livros da República**, comumente conhecida como **República**. Nessa obra, Bodin expõe claramente seu objetivo: fortalecer o poder do rei, ou seja, para ele, o monarca, cabe o poder soberano, perpétuo e absoluto, e é o rei o único responsável pela organização política da República.

SEIS LIVROS DA REPÚBLICA (1576)

A condição essencial para a existência de uma República bem ordenada é o poder soberano. Comparando-a a um navio sem quilha, Bodin afirma que a República sem soberania não se constitui como tal. Mas, segundo o filósofo político, a primeira tarefa consiste em definir exatamente o poder soberano, pois, “não menos desdenhosa-

2 CHEVALLIER, Jean Jacques. **As grandes obras políticas**: de Maquiavel a nossos dias. Trad. André Praça de Souza Teles. 8. ed. Rio de Janeiro: AGIR, 2001, p. 51.

mente, assinala que, antes dele, ninguém soube evidenciar, com rigor, as verdadeiras características da soberania, as que permitem aos súditos reconhecerem o seu verdadeiro titular”.³

A preocupação desse filósofo consistiu em apontar mecanismos com o objetivo de impedir a desordem, conflitos de interesses, guerras religiosas, enfim, o caos social. Mas como evitar tal estado de “desgoverno”? A seu ver, a solução consiste em fortalecer o poder do Estado na pessoa do monarca, pois essa é a única maneira de a República tornar-se uma sociedade política ordenada e amparada pela lei.

Ao salientar as características centrais do poder soberano, o filósofo afirma que soberania nada mais é do que o poder perpétuo e absoluto de uma República. Perpétuo em razão da vitaliciedade do poder do monarca, estendido aos sucessores depois de sua morte, mas, acima de tudo, absoluta, pois ao soberano cabe o monopólio de estabelecer e suprimir as leis.

Auferindo um caráter absoluto ao poder soberano, Bodin sobrepõe o poder do monarca a qualquer outro existente, pois o poder das leis o coloca acima das leis precedentes, assim como não pode estar submetido às suas próprias leis, pois não irá formular mecanismos que limitem seu poder soberano. Somente ao soberano cabe o poder de criar e eliminar leis, a nenhum outro indivíduo ou conjunto de indivíduos, nem mesmo aos funcionários do Estado, cabe a formulação das leis, pois o poder soberano deve ser absoluto e para tal não pode ter “sócios”.

Na conceituação de soberania de Jean Bodin é possível verificar suas principais características: “A soberania é o verdadeiro fundamento, o eixo sobre o qual se move o estado de uma sociedade política e do qual dependem todos os magistrados, leis e ordenanças; ela é que reúne as famílias,

3 Op. cit, p. 55.

os corpos e os colégios, e todos os particulares num corpo perfeito”. (República I, 2, p. 43).⁴

Sendo assim, o poder soberano é superior, independente, incondicional e ilimitado. Superior porque somente ao Estado soberano (entenda-se aqui monarca soberano) cabe o poder de elaborar, aplicar ou revogar leis; independente, porque, em decorrência da característica anterior, o poder soberano do monarca não pode estar submisso a nada ou ninguém, pois, se ocorre o contrário deixará de ser superior. Pelas mesmas razões também se caracteriza como incondicional, pois se a soberania é conferida ao monarca tendo em vista algumas obrigações para com a sociedade, deixa de ser soberano, e por fim ilimitado, pois qualquer limitação contraria sua própria definição.

Segundo Jean Bodin, a soberania torna o soberano senhor das leis e, por conseqüência, daqueles que estão a elas submetidos: “É preciso que o soberano possa dar a lei aos súditos e anular ou revogar as leis inúteis para fazer outras; o que não pode ser feito por aquele que está submetido às leis ou por aquele que está sob o comando de outrem (República I, 8, p. 191)”.⁵

Como se não bastasse a conceituação de soberania elaborada por Bodin, na qual, por si só, já retrata sua preferência em relação à melhor forma de governo para o exercício do poder soberano, as razões expostas pelo autor não deixam dúvidas, ou seja, na monarquia o poder soberano se realiza plenamente.

A primeira das justificativas para essa afirmação está ligada ao fato de que o governo monárquico é o mais próximo às leis da nature-

4 BARROS apud BITTAR, Eduardo C. B. **Doutrinas e filosofias políticas**: contribuições para a História da Ciência Política. São Paulo: Atlas, 2002, p. 123.

5 Idem, p. 124.

za, pois “a família, modelo da República, tem um só chefe. O céu tem apenas um sol. O mundo tem um só Deus soberano”.⁶ Portanto, aos súditos cabe apenas um governante, detentor absoluto do poder, pois sendo a soberania indivisível como dividi-la entre dois ou alguns?

Segundo Bodin, ao dividir o poder soberano todos mandam e na verdade nenhum manda:

Mas o principal ponto da República, que é direito de soberania, não pode existir nem subsistir, propriamente falando, senão na monarquia, pois ninguém pode ser soberano em uma República a não ser em um só [...] Imagine-se um corpo de muitos senhores ou de um povo mantendo a soberania, não tendo este verdadeiro súdito nem apoio, não tendo um chefe com poder soberano, para unir uns aos outros.⁷

Mas exatamente a qual tipo de monarquia Bodin está se referindo? Não à monarquia tirânica, expressa principalmente na obra de Maquiavel, na qual por meio de mecanismos astuciosos de manutenção do poder político, o príncipe ignora preceitos morais e religiosos a fim de conduzir seu principado segundo o que determina sua própria consciência. Na monarquia proposta por Bodin, por ele denominada como monarquia real ou legítima, os súditos obedecem às leis do monarca e esse às leis da natureza.

Segundo Bittar, é possível detectar pontos em comum em Bodin, Maquiavel e Hobbes no que diz respeito ao poder do monarca (centralizado) e às formas de organização do Estado, mas a questão da

6 CHEVALLIER, op. cit, p. 59.

7 BODIN apud CHEVALLIER, op.cit. p. 60.

origem do poder político do monarca torna marcante a diferença entre os autores, ou seja:

Os três pensadores propõem o fortalecimento do poder, sua centralização como forma de conferir maiores poderes ao Estado; esse é o ponto em comum. No entanto, Bodin tem solução que passa pela via do Direito, Maquiavel tem solução que passa pela idéia de *virtú*. Hobbes propõe a delegação completa de poderes e autonomias de governo ao soberano.⁸

Do exposto, é possível concluir que Bodin confere às leis, ou seja, ao direito, uma importância inquestionável na fundamentação de seu conceito de soberania, mas também evidencia uma latente contradição, pois o poder soberano está pautado na legislação, que, necessariamente, foi elaborada pelo monarca soberano, pois o soberano vive da legalidade, mas aquela que atende as suas necessidades, sendo ele o princípio, o meio e o fim da base da organização do Estado.

À primeira vista, segundo o que foi abordado, o poder soberano do monarca não sofre limitações. Eis mais um ponto contraditório, pois, segundo o filósofo francês, o monarca soberano deve obediência e respeito às leis naturais e divinas e isso constitui a diferença latente entre um monarca e um tirano, pois o poder do primeiro sofre limitações.

Novamente surge a contradição, pois como conciliar essa possível oposição ao soberano com o próprio conceito de soberania, que

8 BITTAR, Eduardo C. B. **Doutrinas e filosofias políticas**: contribuições para a História da Ciência Política. São Paulo: Atlas, 2002, p. 121.

confere ao soberano poder ilimitado, independente e principalmente incondicional?

Jean Bodin responde a essa questão, pois, a seu ver, entre a soberania conferida ao monarca e a obediência às leis divinas e naturais, torna-se necessária para a manutenção do poder soberano, já que as leis citadas não são “dotadas de eficácia legal, pois não exercem coerção jurídica sobre o soberano”.⁹

SOBERANIA SEGUNDO O JUSNATURALISMO CONTRATUAL

A instituição Estado não existiu desde os primórdios da humanidade. Certamente havia núcleos de poder, mas com uma organização social muito simples, baseada na família:

A não ser em época de crise, o estado não existe na grande maioria das sociedades primitivas – fato que indica, provavelmente, ter sido a sua gênese bastante tardia na fase da cultura neolítica. A maior parte das comunidades selvagens não tem um sistema permanente de tribunais, nem força policial, nem um governo com poderes coercitivos. O costume toma o lugar da lei, a vendeta é a única forma de ministrar justiça e quase não existe o conceito de crime contra a comunidade.¹⁰

A instituição Estado, ou sociedade política surge em um momento histórico, atendendo a algumas determinações políticas, eco-

9 BARROS apud BITTAR, op. cit., p. 129.

10 BURNS, Edward Macnall. **História da Civilização Ocidental**: do homem das cavernas à bomba atômica. Trad. Lourival Gomes Machado. 25. ed. São Paulo: Globo, 1983, p. 23.

nômicas e sociais. Nos clássicos da teoria do Estado podemos localizar diversas concepções que retratam o surgimento do Estado. Dentre elas, podemos destacar como o desenvolvimento tecnológico aplicado à pecuária e à agricultura, responsáveis pelo surgimento da propriedade privada e os conflitos decorrentes das desigualdades geradas pelo avanço do capital.

Os autores selecionados para esta exposição pertencem a uma corrente política filosófica denominada Contratualismo, presente nos séculos XVII e XVIII, que explica e justifica o surgimento da instituição Estado por meio da celebração de um Pacto Social, firmado entre os indivíduos em razão da delegação dos poderes individuais ao Estado Soberano, a fim de que ele proporcione a organização necessária para o convívio social.

Dentre os autores contratualistas, é possível visualizar pontos contrários no que diz respeito aos “termos do contrato”, pois enquanto Thomas Hobbes propõe um pacto de “submissão” dos indivíduos ao Poder soberano, John Locke e, de certa forma, J. J. Rousseau tratam de um pacto de “consentimento”, ou seja, os termos do “contrato” não estabelecem a aceitação plena e absoluta pelos indivíduos que celebraram o acordo ao poder do Estado criado pelo pacto.

THOMAS HOBBS – *O LEVIATÁ* (1651)

Atento observador da natureza humana, Thomas Hobbes desenvolveu um especial interesse no comportamento dos homens frente às normas e determinações oriundas do poder público. O século XVII, na Inglaterra, foi marcado por conflitos políticos e religiosos entre a Coroa e o Parlamento, conflito que se estende até 1688 com a Revo-

lução Gloriosa, a qual representou o fortalecimento do liberalismo em detrimento ao absolutismo.

Observando tal contexto Hobbes constatou uma tendência natural dos indivíduos em se afastar das normas de convivência. A partir da constatação, orienta seus estudos para a causa desta “desobediência” às leis instituídas, que, a seu ver, está pautada na Lei da Natureza, ou seja, os homens em estado natural ou a natureza humana.

RAZÃO DE SUA OBRA: A NATUREZA HUMANA

A base metodológica da obra de Hobbes baseia-se no seu entendimento da natureza humana. Por isso, as justificativas para a criação do Leviatã podem ser encontradas em sua concepção do homem em estado natural: o homem natural vive da imaginação, da desconfiança, da insegurança e, assim, trava uma incessante disputa com os demais, isto é, um estado de guerra permanente.

Sendo o homem o “lobo do próprio homem” só há um caminho para evitar sua ruína, a instituição do Estado Leviatã, dotado não somente de um conjunto de normas, mas especialmente de uma espada para impor o cumprimento dessas normas, porque “sem a espada os Pactos não passam de palavras sem força que não dão a mínima segurança a ninguém”.¹¹

A principal crítica de seus opositores aristotélicos, fundamentados na concepção do homem como “ser social”, consistiu no fato de que Hobbes estaria tratando dos homens das cavernas, pois somente a eles poderia ser conferida tal natureza. O autor esclarece que em nenhum momento pensou em um “simulacro de constituinte” ao redor

11 HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Trad. Rosina D'Angina. São Paulo, Ícone, 2000, p. 123.

da fogueira em tempos remotos, mas ao contrário, está se referindo ao homem civilizado, ou melhor, ao homem de qualquer época, pois esse instinto natural, como o próprio nome já esclarece, está presente em qualquer civilização, em qualquer momento histórico. Mais uma vez Hobbes provoca indignação de seus leitores.

Isso lhe confere o título de “pensador maldito”, ao afirmar que, se está depreciando a natureza humana com palavras, todos os demais fazem exatamente o mesmo com seus atos, uma vez que:

Quem não pondera, poderá estranhar que a natureza humana se dissocie dos homens tornando-os propensos a atacarem-se e destruírem-se. Pode ocorrer que não confiando nessa inferência, baseada nas Paixões, o homem deseja ver a mesma confirmada pela experiência. Então cabe a ele cuidar de si mesmo, armando-se e procurando ir acompanhado quando empreende uma viagem; fechando bem as portas de sua casa ao recolher-se e, mesmo estando dentro dela, fecha arcas e armários; isso tudo mesmo diante do conhecimento de que existem Leis e Funcionários Públicos armados para defendê-lo e revidar a qualquer injúria que lhe venha a ser feita. O que pensa ele de seus Concidadãos quando se arma para viajar, quando tranca as portas de seu quarto, as portas dos quartos dos filhos e empregados? Isso não é o mesmo que duvidar e acusar toda a humanidade, da mesma forma como o faço com minhas palavras? Não se está com isso acusando a natureza humana?¹²

12 HOBBS, op. cit., p. 96.

Segundo Hobbes, há três razões centrais para a manifestação do instinto natural do homem, os “princípios básicos de discórdia entre os homens”: a competição, com o objetivo de obter lucro, mas o homem retratado por Hobbes não está preocupado em reproduzir ou acumular riquezas, pois a competição consiste na honra obtida pela conquista de terras, mulheres e rebanhos de outros homens. Esse é o sentido do lucro do homem hobbesiano.

A Segunda causa de discórdia é a desconfiança visando à segurança, porque se os homens vivem da imaginação, estão constantemente desconfiados que serão atacados, traídos ou roubados, e, assim, irão atacar, trair e roubar antes que outros o façam, obtendo a segurança desejada.

A terceira e última é a glória tendo em vista a defesa da reputação, ou seja, os homens entram em conflito por “ninharias”, como uma palavra áspera, uma postura supostamente ofensiva ou até mesmo um olhar indevido.

Sendo assim, a solução para que os homens vivam em relativa paz e harmonia é sua submissão a um poder superior, para que tal poder possa controlar seus instintos naturais e forçá-los à obediência. Esse poder superior é criado por meio de um pacto entre os indivíduos, no qual estes delegam o poder sobre tudo e todos, presente no estado natural, em favor do Leviatã, do Homem Artificial ou do Estado.

E por que Homem artificial? Na introdução da tradução espanhola do Leviatã encontramos a figura de um gigante com o formato humano, criado por vários homens menores que constituem seu corpo, que caracteriza a delegação dos poderes dos indivíduos participantes do pacto.

Hobbes define bem este corpo político criado pelo contrato social:

Na realidade, graças à arte se cria esse grande Leviatã que chamamos *República* ou *Estado* (em latim *Civitas*) que é

meramente um Homem Artificial, bem mais alto e robusto que o Natural, e que foi instituído para sua proteção e defesa; e no qual a *Soberania* é uma Alma Artificial que dá vida e movimento a todo o corpo; os *Magistrados* e outros *Oficiais da Justiça e Execução* são *Ligamentos* artificiais; a *Recompensa e o Castigo* (mediante os quais cada ligamento e cada membro vinculado à sede da soberania é induzido a executar seu dever) são os nervos que fazem o mesmo no Corpo natural; a *Riqueza* e a *Abundância* de todos os membros particulares constituem sua *Potência*; a *Salus Populi* (*a segurança do povo*) é seu *objetivo*; os *Conselheiros*, que se informam sobre tudo o que se deve conhecer, são a *Memória*; a *Equidade* e as *Leis*, uma *Razão* e uma *Vontade* artificiais; a *Concórdia* é a *Saúde*; a *Sedição*, a *Enfermidade*; a *Guerra Civil*, a *Morte*.¹³
(grifos do autor)

Este Homem Artificial, formado a partir da junção dos poderes individuais, será capaz de conter os homens que, em estado natural, estão em igualdade absoluta com relação aos direitos sobre tudo e todos. Ao Leviatã cabe a tarefa de forçar os homens ao cumprimento das leis estabelecidas, assim como as leis da natureza (Justiça, Equidade, Modéstia e Piedade), as quais, segundo Hobbes, “cada um respeita quando tem vontade e quando pode fazê-lo com segurança”, pois são contrárias às Paixões Naturais, ou seja, a parcialidade, orgulho e vingança.

Sem a existência do Leviatã ou Estado, os homens tenderiam a viver em guerra constante, não necessariamente o “conflito violento” constante, já que estariam sujeitos a ameaças constante do conflito, gerada principalmente pelos três princípios básicos de discórdia.

13 Op. cit, p. 11.

Mas exatamente a qual pacto, acordo ou convenção Hobbes se refere? Pode causar estranheza a proposta de um pacto entre os indivíduos como justificativa para criação do Estado em meio ao contexto do absolutismo e permeando a obra de um autor que evidencia sua propensão à centralização do poder. A característica central do pacto de Hobbes são os termos de seu contrato, uma vez que a seu ver, o acordo proposto é de “submissão” dos indivíduos ao Poder soberano, enquanto para os demais autores trata-se de um pacto de “consentimento” ou de legitimidade. Nesse sentido, faremos considerações quanto ao pacto que originou o Estado Leviatã, o Homem Artificial, que, segundo Hobbes, forçará os homens à obediência da regulamentação instituída.

O PACTO DE SUBMISSÃO AO LEVIATÃ

O Estado tem origem quando uma “multidão” de homens – o pacto não pode ser realizado por apenas uma parcela da população em razão de a possibilidade de a parte excluída revoltar-se contra o governante – designa um homem ou uma assembléia de homens para representar suas vontades “considerando e reconhecendo cada um como Autor de todos os atos daquele que representa sua pessoa praticar, em tudo o que se refere à Paz e a Segurança Comuns”.¹⁴ Isso significa que os súditos não têm direito a contestar os atos de seu governante, já que estariam contestando seus próprios atos. Ressalte-se, ainda, que o pacto foi firmado entre os indivíduos e não entre o governante e os indivíduos e, por isso, o governante não pode estar sujeito a determinações provenientes desse contrato.

14 Op. cit, p. 126.

A proposta de Hobbes coloca os indivíduos em uma posição de obediência irrestrita aos desígnios do governante. Portanto, esse pacto constitui um acordo de submissão, o qual:

Significa muito mais que consentimento ou concórdia, pois é uma Unidade Real de todos, numa só e mesma pessoa, através de um pacto de cada homem com todos os homens, de modo que seria como se cada homem dissesse a cada homem: Autorizo e desisto de Direito de governar a mim mesmo a este Homem, ou a esta assembléia de homens, com a condição de que desistas também de teu direito, autorizando, da mesma forma, todas as suas ações (...) Uma pessoa instituída, pelos atos de uma grande Multidão, mediante Pactos recíprocos uns com os outros, como Autora, de modo a usar a força e os meios de todos, da maneira que achar conveniente, para assegurar a paz e a Defesa Comum”.¹⁵ (grifo do autor).

Essa “pessoa”, detentora do poder e desobrigada de deveres para com os indivíduos que celebraram o pacto, é o Estado. “O titular desta pessoa chama-se **soberano**, e se diz que possui **poder soberano**. Todos os restantes são súditos”.¹⁶ (grifo do autor).

Segundo Hobbes existem duas formas de adquirir o poder soberano: por meio da aquisição e por meio da instituição. A primeira está ligada à força natural, ou seja, o poder de um pai perante seus filhos, por causa do qual eles não têm opção senão à obediência aos mandos paternos. A segunda, por instituição, é o poder soberano obtido por

15 Op. cit, p. 126.

16 Idem, ibidem.

meio da delegação dos poderes individuais em favor de um homem ou assembleia de homens, ou seja, o chamado Estado Político.

OS TERMOS DO CONTRATO: SUBMISSÃO

O pacto proposto por Hobbes expressa claramente a sua propensão à centralização do poder, pois os termos do contrato estão claramente voltados para a questão:

Diz-se que um Estado foi instituído quando uma multidão de homens concorda e pactua, cada um com cada um dos outros, que a qualquer homem ou assembleia de homens a quem seja atribuído pela maioria o direito de representar a pessoa de todos eles (...) todos sem exceção (...) deverão autorizar todos os atos e decisões desse homem ou assembleia de homens, tal como se fossem seus próprios atos e decisões (...).¹⁷

Os termos do pacto social proposto por Hobbes esclarecem a razão da denominação de submissão absoluta dos indivíduos aos desígnios do governante, porque, após a celebração do pacto, os indivíduos estão desobrigados a qualquer pacto anterior que contradiga o atual, não podem libertar-se da sujeição sob qualquer pretexto, devem acatar a “escolha” do governante pela maioria sob pena de serem destruídos, não devem acusar o governante de injúria ou injustiça, já que os atos do governante são os atos dos indivíduos que celebraram o pacto e ninguém pode acusar a si próprio.

¹⁷ Op. cit, p. 120.

O LEVIATÁ

Ao tratar da soberania, Bodin descreve suas características (perpétua e absoluta), mas não trata de sua origem. Se o poder soberano não está submisso a nenhum outro como descrever sua origem sem enfraquecê-lo? Como outro poder pode dar origem à soberania ao mesmo tempo em que deve manter-se submisso ao poder supremo?

Hobbes vai além de Bodin no que diz respeito à origem da soberania ao atribuir ao contrato social uma soberania absoluta e indivisível precisamente a junção de dois tipos de contratos:

Pelo primeiro, dito *pactum unionis* ou *societatis*, os homens, isolados do estado de natureza, constituíam-se em sociedade. Pelo segundo, dito *pactum subjectionis*, ou de submissão, a sociedade assim constituída transferindo ou alienando seus poderes sob certas condições, propiciava-se um senhor um soberano.¹⁸ (destaques do autor)

A junção do pacto de constituição e o pacto de submissão conferem ao soberano o poder supremo, o poder soberano, pois, com um único ato, os homens em estado natural constituem a sociedade e se submetem ao senhor soberano. Assim, Hobbes acaba por fortalecer o poder soberano, porquanto ele não participa do pacto, sendo mais o fruto dele.

Com relação à forma de Estado soberano, segundo Hobbes só há três tipos de governo: de um homem só (monarquia), de todos (democracia ou governo popular) e de poucos ou de uma assembléia

18 CHEVALLIER, Op. cit, p. 72.

(aristocracia). O autor nega a existência de outras formas de governo, apenas interpretações equivocadas das já citadas.

Quando os homens estão descontentes com a monarquia, temos a tirania; quando com a aristocracia, oligarquia; quando com a democracia, anarquia.

Dos tipos de governos, o autor considera a monarquia como a melhor forma de governo, pois, sendo o poder soberano integral e indivisível, não há como dividi-lo entre muitos (democracia) ou entre poucos (aristocracia). Caso fosse possível, teríamos diversas porções de poder, ou porções soberanas. Isso, por definição, contraria a indivisibilidade da soberania absoluta.

Ao declarar o Estado leviatã como um homem artificial composto pela vontade dos homens em estado natural, Hobbes considera a divisão do poder soberano como uma irregularidade e conseqüente enfermidade do corpo social, assim como um indivíduo com outros crescendo a partir dele, com estômagos, corações e espíritos próprios.

Podemos, portanto, concluir que o conceito de soberania de Thomas Hobbes enaltece o poder supremo do Estado, o poder supremo do monarca soberano que está à frente do Estado em um dado momento, retratando claramente o contexto político do absolutismo.

JOHN LOCKE: “TRATADOS SOBRE O GOVERNO” (1689-90)

Com o *Segundo Tratado do Governo Civil* (1690), John Locke apresentou a fórmula liberal do Estado Moderno, potência soberana e legisladora e unidade de uma multiplicidade de ‘súditos francos’, assim como Hobbes – quarenta anos antes – apresentara sua forma autoritária. François Châtelet.

Fortemente influenciado pelo contexto liberal, John Locke, dentre outras obras, escreve “Tratados sobre o Governo”, destacando-se dentre os autores que se empenharam, de acordo com Chevallier, no “assalto contra o absolutismo”.

CONTEXTO POLÍTICO-ECONÔMICO

O século XVII representou um período conturbado na Inglaterra, com embates políticos e religiosos entre a Coroa e o Parlamento. Os conflitos políticos foram marcados pela disputa pelo poder entre a dinastia Stuart, adepta do absolutismo, a partidária do liberalismo e a burguesia ascendente, que compunha o Parlamento, já detentora de algum poder econômico e se empenhava em adquirir também poder político.

Juntamente com conflito político, o período foi marcado pelo antagonismo religioso entre católicos, anglicanos, presbiterianos e puritanos.

O embate não se restringia à gestão dos assuntos públicos, pois a crise foi acentuada pela “rivalidade econômica entre os beneficiários dos privilégios e monopólios mercantilistas concedidos pelo estado e os setores que advogavam a liberdade de comércio e produção”.¹⁹ O resultado deste período de rivalidades foi a Revolução Puritana, com a execução do rei Carlos I, da dinastia Stuart, e a implantação da República em 1649, conhecida como a Revolução do Rei Carlos I.

Esse período de ascensão política da burguesia, sob o governo de Cromwell, termina com sua morte em 1660 e o reforço dos Stuarts ao trono inglês. Longe de representar um período de estabilidade política, os conflitos se acirraram e culminaram com a deposição de Jaime

19 MELLO, Leonel I. Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco C. (org.) **Os clássicos da política**. 12. ed. São Paulo: Ática, 1999, p.81.

II, monarca católico e absolutista, quando, em 1688, Guilherme de Orange recebe a Corôa do Parlamento, após a Revolução Gloriosa, que assinalou a vitória do liberalismo em detrimento do absolutismo.

OS TRATADOS

No contexto do liberalismo, Locke retorna de seu exílio na Holanda e publica na Inglaterra, dentre outras obras, **Dois Tratados sobre o Governo**, provavelmente em 1689-1690. O primeiro tratado trata basicamente, de uma oposição à obra **O Patriarca** de Robert Filmer, onde o autor confere legitimidade ao poder dos monarcas absolutistas da mesma forma que os pais têm poder sobre os filhos. “De acordo com esta doutrina, os monarcas modernos eram descendentes da linhagem de Adão e herdeiros legítimos da autoridade paterna dessa personagem bíblica, a quem deus outorgara o poder real”²⁰, protestou Locke.

Segundo essa corrente, a legitimidade do poder patriarcal para forçar a obediência pode ser conferida aos monarcas absolutistas, Locke combate, isso, portanto, de acordo com ele, o poder soberano do Estado (ou do monarca a frente do Estado) advém do consentimento popular, por meio de um pacto (contrato) firmado pelos indivíduos em estado natural. “A grande tese de Sir R. F. [Robert Filmer] é a de que os **homens não são livres por natureza**. Tal é o alicerce sobre o qual sua monarquia absoluta repousa, e a partir do qual se eleva a uma altura tamanha que seu poder paira acima de qualquer outro poder”.²¹ (grifos do autor).

20 Op. cit., p. 84.

21 LOCKE, John. **Dois tratados sobre o Governo**. Trad. Júlio Ficher. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 207.

Em seu Livro II ou **Ensaio concernente à verdadeira origem, extensão e fim do governo civil**, ou ainda **Segundo Tratado sobre o Governo**, Locke expõe sua teoria do Estado, a origem contratual com base no consentimento dos governados e, basicamente sua clara oposição ao absolutismo, além da crítica à doutrina do direito divino dos governantes.

Segundo Chevallier, juntamente com Montesquieu e Jean Jacques Rousseau, a obra de Locke representou “um assalto contra o absolutismo”, uma vez que:

A sede de Hobbes, como vimos, era a autoridade absoluta, sem falhas, que elimina todo risco de anarquia – mesmo sacrificando a liberdade. A sede de Locke [...] é o antiabsolutismo, o violento desejo da autoridade contida, limitada pelo consentimento do povo, pelo direito natural, a fim de eliminar o risco do despotismo, da arbitrariedade.²²

O HOMEM EM ESTADO NATURAL

Para John Locke, o homem natural não vive em guerra constante, sempre com desconfiança dos demais e pronto para atacar para não ser atacado, assim como os retrata Thomas Hobbes. Para o autor anti-absolutista, no estado de natureza reinam paz, liberdade e igualdade, não sendo razões para conflitos. Ao contrário, tal estado permite aos homens discernimento suficiente para distinguir repressão (imperativa e desumana) de penalidades necessárias ao término do conflito e não seu acirramento.

Essa distinção só é possível porque o Homem em estado natural é dotado de razão e, dessa forma, racionalmente pode distinguir entre “castigo” para o caso do descumprimento das leis naturais e repressão

22 CHEVALLIER, Op. cit, p. 106-107.

gratuita, advinda de desavenças comuns à vida em conjunto. Por isso, em estado natural o homem vive em relativa paz e harmonia, somente rompidas em defesa da propriedade.

A propriedade, entendida por Locke como vida, liberdade e bens, constitui o ponto central da sua obra na justificação da sociedade política, pois, segundo ele, já existia em estado natural, portando, anterior à sociedade política. Mas quem confere aos homens o direito à propriedade em estado natural, já que ainda não existia o poder soberano criado posteriormente pelo contrato social?

Para Hobbes, com a constituição do Estado, cabe ao soberano absoluto a determinação dos indivíduos com direito ao uso da terra, porque o direito à propriedade pertence unicamente ao soberano. Segundo Locke o dispêndio do trabalho humano confere o direito à propriedade, já que tanto a vida, quanto a liberdade e as terras já existiam quando os homens passaram a habitar a Terra e constituem, portanto, presentes divinos.

Para Locke, “Deus, que deu o mundo aos homens em comum, deu-lhes também a razão, a fim de que dela fizessem uso para maior benefício e conveniência da vida. A terra, e tudo quanto nela há, é dada aos homens para o sustento e conforto de sua existência”.²³ Aquele que cultivar sua terra, fabricar um arado ou outro instrumento qualquer para efetivar seu trabalho ou construir sua moradia, constitui seu proprietário legítimo.

O PACTO

Tendo em vista este estado de relativa paz e harmonia, no qual os homens, dotados de razão, organizam-se e convivem em igualdade

23 LOCKE, John. **Dois tratados sobre o Governo**. Trad. Júlio Ficher. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 407.

e liberdade, qual seria o fundamento da criação da sociedade política, por meio da delegação consciente de poderes ao Governo Civil? Basicamente, a defesa da propriedade por um juiz imparcial, não absoluto e arbitrário como aquele proposto por Hobbes, mas uma sociedade formada pelo consentimento dos homens:

A única maneira pela qual uma pessoa qualquer pode abdicar de sua liberdade natural e **revestir-se dos elos da sociedade civil** é concordando com outros homens em juntar-se e unir-se em uma comunidade, para viverem confortável, segura e pacificamente uns outros, num gozo seguro de suas propriedades e com maior segurança contra aqueles que dela fazem parte.²⁴ (grifos do autor)

Essa passagem – “contra aqueles que dela não fazem parte” – retrata claramente a não obrigatoriedade do consentimento da totalidade dos indivíduos e sim de sua maioria, pois a minoria que não participou do acordo permanecerá sujeita às leis da natureza em estado natural não por imposição e sim por opção, pois o pacto está pautado no consentimento voluntário dos indivíduos.

Após a constituição da sociedade política, por meio do consentimento da maioria expresso no contrato, a forma de governo depende “de quem é o depositário do poder de elaborar leis”, ou seja, a quem compete o poder legislativo. Se a maioria, por meio de funcionários escolhidos livremente, detiver o poder de formular leis. Se esse poder pertencer a um número limitado de pessoas, teremos a oligarquia e teremos a monarquia, no caso de pertencer a um só homem.

24 Op. cit, p. 469.

Ao poder legislativo é atribuída uma inquestionável importância na constituição da sociedade política, já que, segundo Locke, se o objetivo do pacto consiste basicamente na criação de um sistema de leis, que fundamente a organização e conservação da sociedade, nada mais natural que o poder de legislar reine sobre os demais poderes. Mas Locke salienta que essa “superioridade” não significa ser absoluto ou arbitrário, pois “trata-se de um poder desprovido de qualquer outro fim senão a preservação (do bem público) e, portanto, jamais pode conter algum direito de destruir, escrivizar ou empobrecer deliberadamente os súditos”.²⁵

Segundo o autor, há uma temporariedade do poder de elaborar leis, ou seja, os legisladores podem se reunir tendo em vista a criação de um sistema de leis necessário ao objetivo da sociedade política, o “bem público”. Depois de positivadas, as leis, a manutenção do corpo de legisladores torna-se desnecessária, o corpo irá se dissolver e poderá ser composto novamente, caso seja necessário. Ao poder executivo cabe a função da fiscalização do cumprimento das leis criadas pelo legislativo, como também a aplicação de penalidades para casos de descumprimento. Por fim, ao poder federativo cabe o poder de guerra e paz.

Embora Locke retrate uma “superioridade” do poder legislativo perante os demais poderes, a divisão do exercício do poder soberano representa uma grande vitória contra a centralização do poder político presente desde o início do Estado Moderno.

Se comparada à teoria da Tripartição dos Poderes e do sistema de “pesos e contrapesos”, propostos por Montesquieu, adotada pela primeira vez pela Constituição norte-americana e presente na grande maioria dos países republicanos, a doutrina de Locke pode causar estranheza em relação à descentralização do poder, já que o autor salienta o poder legislativo como “poder supremo”. Todavia há que considerar

25 Op. cit, p. 505.

que àquela época representou, assim como salientado por Chevallier, um grande golpe contra o absolutismo e fortaleceu o poder soberano do Estado e não do monarca absolutista.

Com base na doutrina do consentimento da maioria dos governantes ao governo instituído, Locke propõe a legitimidade do poder soberano, porque ele advém da vontade da maioria dos indivíduos e, por isso, não pode ser contrário ao estabelecido pelo conjunto de leis criadas pela maioria, seja diretamente, seja por meio de representantes.

O DIREITO À RESISTÊNCIA

Outro ponto inovador para sua época é o “direito à resistência”, ou seja, os homens que participaram do Pacto, que originou o Governo Civil, podem resistir, oporem-se ao governo instituído caso ele não cumpra os deveres provenientes de sua criação, isto é, a defesa da propriedade, entendida como vida, liberdade e bens, visando ao benefício da comunidade, pois “(...) o fim maior e principal para os homens unirem-se em sociedades políticas e submeterem-se a um governo é, portanto, a conservação de sua propriedade”.²⁶

Segundo estudiosos, o “direito à resistência” ao governo instituído surge pela primeira vez na obra de John Locke, porque, até então, os clássicos da teoria do Estado estavam voltados ao poder soberano do monarca absoluto. De acordo com Mello, “Locke fundamenta a legitimidade da deposição de Jaime II por Guilherme de Orange e pelo Parlamento com base na doutrina do direito de resistência”.²⁷

Segundo Locke, quando o Governo instituído se distancia do sistema legal estabelecido – conjunto de leis criadas diretamente ou in-

26 LOCKE, op. cit., p. 495.

27 MELLO, op. cit., p.82.

diretamente pela maioria, e quando os poderes legislativo e executivo buscam fins que não sejam aqueles que constituem o objetivo de sua criação e existência, o “bem comum”, esse governo está mais próximo da tirania e, por isso, deve ser deposto.

As concepções inovadoras de Locke influenciaram o chamado “período das grandes revoluções” e, segundo Mello, “os direitos naturais inalienáveis do indivíduo à vida, liberdade e à propriedade constituem para Locke o cerne do Estado Civil e, em razão de sua concepção, o autor é considerado o pai do individualismo liberal”.²⁸

Como um reflexo do contexto político-econômico de sua época e pautado na luta contra o absolutismo, na obra de Locke é possível visualizar um conceito de soberania completamente distinto do conceito trabalhado por Bodin e Hobbes, de imposição unilateral do monarca soberano e detentor absoluto do poder. Não se trata de um poder soberano de origem divina, absoluto, arbitrário e impositivo. Locke trata da soberania do Governo Civil, do Estado, advinda do consentimento consciente dos governados, muito próximo à obra de Jean Jacques Rousseau, considerado Patrono da Revolução Francesa e cuja obra **O Contrato Social** passamos a analisar.

JEAN JACQUES ROUSSEAU: “O CONTRATO SOCIAL”

Rousseau foi o filósofo da
miséria da civilização.

Clarence Morris

A obra de Jean Jacques Rousseau está pautada no contexto da Revolução Francesa, um período conturbado que exerceu grande influência no mundo político no final do século XVIII, em que sua obra

28 Op. cit, p. 88.

mais expressiva, “O Contrato Social”, forneceu a base metodológica para profundas transformações da França neste período.

Basicamente, como frutos do Iluminismo, duas teorias podem ser apontadas como razões intelectuais da Revolução de 1789: A teoria liberal, tendo como expoentes Locke, Voltaire e Montesquieu, e a teoria democrática, tendo Rousseau como principal representante.

A teoria liberal representou mais a aversão a qualquer tipo de sobreposição de poderes, da minoria ou da maioria, que propriamente pelos ideais democráticos, refletindo os interesses burgueses em ascender politicamente, já que, àquele momento, já detinham considerável poder econômico. O liberalismo expressou a defesa dos interesses individuais e relegou a segundo plano os interesses coletivos.

Considerado o patrono da Revolução Francesa, Rousseau demonstra a preocupação de destacar a importância do Estado Democrático, a soberania popular em contraposição aos desmandos de um ou de um grupo de governantes.

O CONTEXTO POLÍTICO ECONÔMICO ANTERIOR À REVOLUÇÃO FRANCESA

Dentre as transformações ocorridas no final do século XVIII, a Revolução Francesa se destaca, porque representou um marco divisório entre o período dos desmandos dos monarcas absolutistas e a instauração de um novo contexto, no qual a maioria das nações tornou-se republicana e aquelas que permaneceram ainda como monarquias, instituíram a monarquia parlamentar.

Segundo historiadores, a desigualdade imperava absoluta no contexto francês do final do século XVIII, os cofres públicos encontra-

vam-se deficitários, tendo em vista os gastos supérfluos da nobreza na manutenção de seus dispendiosos castelos e de sua vida luxuosa.

Como causa econômica da Revolução, temos a ascensão da classe média, fortalecida economicamente pelo desenvolvimento do comércio, que ainda sofria limitações por parte da centralização do poder pelo soberano, cuja política mercantilista representava um entrave ao seu pleno desenvolvimento e às aspirações da classe burguesa. Embora fortalecida economicamente, a burguesia ainda permanecia alheia aos assuntos públicos. Somado às causas anteriormente citadas, estava o descontentamento das classes populares, já que o campesinato sentia os efeitos diretos da centralização abusiva do poder, sujeito em grande parte aos altos impostos, provenientes do injusto sistema tributário da monarquia absolutista, e aos dízimos eclesiásticos.

A efervescência intelectual, somada às causas políticas e econômicas, desencadeou o movimento revolucionário que originou a Revolução Francesa, cujo símbolo histórico foi a chamada “queda da Bastilha”, representando um marco para o início de profundas transformações.

Tendo em vista o contexto conturbado da França no final do século XVIII, marcado pela injustiça e despotismo dos governantes, Rousseau escreve sua obra de maior expressão, o **Contrato Social**, no qual propõe as bases de uma sociedade mais justa e democrática, cujos principais aspectos passamos a expor.

“O CONTRATO SOCIAL”: PRINCÍPIOS DOS DIREITOS POLÍTICOS (1762)

Em Rousseau, assim como os demais autores contratualistas tratados no presente texto, a justificação do contrato social pode ser

encontrada na natureza humana, isto é, na organização da vida dos homens em estado natural, período anterior à instituição do Estado.

A base para o entendimento da questão pode ser encontrada no **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**, obra anterior ao **Contrato Social** (1755). O autor inicia o capítulo I do Contrato Social da seguinte forma: “O homem nasceu livre e por toda parte encontra-se agrilhado”. Na origem da desigualdade, Rousseau, procura traçar a trajetória da humanidade desde sua origem até o surgimento da propriedade, na qual, segundo o autor, repousa toda a desigualdade existente entre os homens.

Ao afirmar, também no início da exposição do “Contrato”, que não sabe exatamente como ocorreu a mudança da liberdade à servidão, uma vez que a história real não nos traz elementos suficientes para tal conclusão, Rousseau constrói hipoteticamente, embora pautado em argumentos racionais, a passagem do estado de liberdade, existente na origem da humanidade, à servidão ocasionada pelo surgimento da propriedade.

Nessa hipotética reconstrução da história da humanidade, podemos encontrar suas formulações com relação à natureza humana, expressa na obra **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**.

Rousseau inicia sua obra exatamente com a origem da propriedade, e declara que “(...) o primeiro que, tendo cercado um terreno, lembrou-se de dizer ‘isto é meu’, e encontrou pessoas bastante simples para crê-lo, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil”.

Segundo o autor, esse é o início de toda ordem de horrores vividos pela humanidade, porquanto:

Enquanto os homens se contentaram com suas cabanas rústicas, enquanto se limitaram a coser suas roupas de pele

com espinhos ou cerdas, a se enfeitar de plumas e de conchas, a pintar o corpo de diversas cores, a aperfeiçoar ou embelezar seus arcos e flechas, a esculpir com pedras afiadas alguns botes de pescadores ou alguns grosseiros instrumentos musicais; em uma palavra, enquanto se dedicaram apenas às obras que um único homem podia criar e as artes que não necessitavam do concurso de várias mãos eles viveram livres, sãos, bons e felizes, tanto quanto o poderiam ser pela sua natureza, e continuaram a desfrutar entre si as doçuras de um comércio independente: mas desde o momento em que um homem teve necessidade do auxílio um do outro, desde que se apercebeu de que seria útil a um só indivíduo contar com provisões para dois, desapareceu a igualdade, a propriedade se introduziu, o trabalho se tornou necessário e as vastas florestas se transformaram em campos aprazíveis, que foi preciso regar com o suor dos homens e, nos quais, viu-se logo a escravidão e a miséria germinarem e crescerem com as colheitas.²⁹

Embora longa, extremamente necessária, ao desenvolvimento do tema exposto, a citação acima retrata o cerne do pensamento de Rousseau sobre a natureza humana, com o qual discorda frontalmente de Hobbes que afirmou ser homem em estado natural, mau, egoísta e viver da imaginação e desconfiança e, em decorrência desse estado, em guerra constante.

29 ROUSSEAU apud NASCIMENTO, Milton Vieira do. Rousseau: da servidão à liberdade. In: WEFFORT, Francisco C. (org.) **Os clássicos da política**. 12. Ed. São Paulo: Ática, 1999, p. 205.

Para Rousseau, nessa nova ordem, o gênero humano carece de responsabilidade e principalmente solidariedade, já que foi corrompido pela competição entre seus semelhantes e se tornou vítima de uma hierarquia mal distribuída, em outras palavras, o homem nasce bom, mas a sociedade o transforma, o corrompe.

Com base nessa crença, Rousseau desenvolve os princípios da ação política propostos pelo **Contrato Social**, o qual constitui um pacto legítimo entre os indivíduos, pois, por meio da celebração do pacto, todos imperam em igualdade absoluta, e esse processo de legitimação estende-se ao corpo político.

Segundo o pensador francês, a legitimidade deve ser mantida com a máquina política em funcionamento e propõe os princípios necessários para a obtenção desse fim. Dentre os mecanismos necessários à legitimação do poder político podemos citar o fato de o monarca ter de servir ao povo.

O monarca deve ser funcionário do povo e não o contrário, porque a liberdade e a igualdade propostas pelo pacto mantêm-se o poder do soberano estiver limitado pelo poder do povo, já que o “(...) o ato que instituiu o governo não é um contrato, mas uma lei; que os depositários do poder executivo não são os senhores do povo, mas seus oficiais, que este pode nomeá-los ou destituí-los quando lhes aprouver (...)”.³⁰

Tendo em vista a legitimação da ação política, Rousseau mostra-se contrário ao sistema de representação política, pois, segundo sua concepção, a vontade geral é inalienável, não pode ser representada, sob pena de o povo deixar de ser livre: “(...) a soberania, sendo apenas o exercício da vontade geral, nunca pode alienar-se, e que o soberano,

30 ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**. Trad. Antonio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.120.

não passando de um ser coletivo, só pode ser representado por si mesmo; pode transmitir-se o poder - não, porém, a vontade”.³¹

Propõe, ainda, a temporariedade do exercício do poder político, a fim de que o funcionário do povo, responsável pela condução da máquina política, ou seja, o governante, não perpetue no exercício de suas funções, limitando possíveis abusos de poder.

Certamente, a riqueza da obra de Rousseau estende-se além do exposto, mas com as afirmações acima é possível observar a importância de suas declarações no contexto francês pré-revolucionário, porquanto os princípios da soberania advinda da vontade popular representaram a possibilidade da passagem da servidão à liberdade por meio de um movimento revolucionário.

O que há de fascinante na Revolução Francesa e na interpretação que uma grande parte de revolucionários fazia do pensamento político de Rousseau é que, a partir daquela data, tudo o mais se ilumina a partir da ótica dos revolucionários. A exceção virou regra. Todo o **Contrato Social**, de uma análise cuidadosa do modo de funcionamento da engrenagem política e das condições de sua legitimidade, transformou-se num manual prático de política.³²

Sendo assim, conforme afirmado no início deste trabalho, durante o desenvolvimento do conceito de soberania podem ser observados conceitos relativos ao contexto político, econômico e social no qual foram se delineando as características da soberania, próprias a cada momento histórico.

31 Op. cit, p. 33.

32 ROUSSEAU apud NASCIMENTO, op. cit., p. 199.

No período absolutista, com a centralização do poder político no monarca, Jean Bodin e Thomas Hobbes definem a soberania como o poder imperativo, absoluto, pertencente ao monarca absoluto e não propriamente à instituição estatal. Depois, como demonstra Chevallier, com os autores liberais, John Locke e Jean Jacques Rousseau, temos um “assalto contra o absolutismo” e uma outra concepção de soberania, que, embora pertencente à instituição Estado, advém do consentimento popular.

CONCEITO DE SOBERANIA SEGUNDO A TEORIA DO ESTADO

ORIGEM DO PODER SOBERANO

Ao tratar do conceito de soberania, o professor Paulo Bonavides inicia sua exposição afirmando ser um conceito histórico e relativo. É histórico, segundo o autor, porque não esteve presente na antigüidade como uma forma de organização política. É relativo, pois, tanto entre os autores clássicos como entre os contemporâneos podemos visualizar diversas concepções e correntes doutrinárias acerca do conceito de soberania, a ponto de percebermos uma “crise contemporânea” quanto à definição atual do termo.

Para o objetivo desta análise, torna-se satisfatória uma abordagem sucinta das teorias teocráticas, de origem divina, e as teorias democráticas, de origem popular.

DOCTRINAS TEOCRÁTICAS

Segundo a Teoria da soberania absoluta do rei, a origem do poder soberano advinha de entidades religiosas, ou seja, as doutrinas teo-

cráticas afirmavam a origem divina do poder do monarca, sendo Jean Bodin um de seus principais representantes.

De acordo com tal concepção, o monarca poderia ser visto como o próprio Deus na Terra (doutrina da natureza divina dos governantes), o representante da divindade suprema na Terra (doutrina da investidura divina) e, por fim, temos a doutrina da investidura providencial, que reconhecia o direito dos governados na escolha do governante ao mesmo tempo em que afirmava sua origem divina.

De acordo com Bonavides, “quebrou-se assim a rigidez das implicações autocráticas decorrentes das teorias monárquicas do direito divino e tornaram-se possível conciliar os princípios teológicos da soberania com os postulados democráticos pertencentes à sede e ao exercício do poder político”.³³

Essa última doutrina representou um período de transição entre a origem divina e a origem popular do poder soberano, preparou as bases para o advento das doutrinas democráticas, que compreende as teorias da soberania popular e soberania nacional.

DOUTRINAS DEMOCRÁTICAS

Jean Jacques Rousseau desenvolveu inicialmente o conceito de soberania popular evidenciando a plena participação dos cidadãos na gestão dos assuntos públicos e o desdobramento histórico do conceito, tendo em vista a universalização do sufrágio como consequência do próprio fortalecimento dos ideais democráticos, desemboca na teoria da soberania nacional, de acordo com a Nação representa a detentora da autoridade soberana.

³³ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 130.

Segundo a concepção clássica da soberania popular, temos centenas ou milhares de partes da soberania unidas em um único corpo, e, com a soberania nacional, esse corpo se transforma em uma “pessoa privilegiadamente soberana: a Nação”, na qual

(...) povo e Nação formam uma só entidade, compreendida organicamente como ser novo, distinto e abstratamente personificado, dotado de vontade própria, superior às vontades individuais que o compõem. A Nação, assim constituída, se apresenta nessa doutrina como um corpo político vivo, real, atuante, que detém a soberania e a exerce através de seus representantes.³⁴

O conceito de soberania constitui uma questão central da Teoria do Estado, na qual há um consenso entre os autores em relação à sua posição como parte imprescindível da constituição da instituição estatal.

SOBERANIA COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO DE ESTADO

Inicialmente convém estabelecer a diferença entre os elementos constitutivos e característicos que em uma sociedade qualquer: ou seja, sociedade comercial, desportiva, religiosa e outras. A “sociedade política por excelência” será analisada posteriormente.

Os elementos constitutivos de uma sociedade são aqueles imprescindíveis à sua formação, isto é, com a ausência de um deles a sociedade extingue-se. Os elementos característicos, como a própria denominação já esclarece, são aqueles que atribuem determinada característica àquela sociedade e, dessa forma, sua ausência não interfere

34 BONAVIDES, Op. cit., p. 131-132.

na constituição. Faremos uma breve exposição dos elementos que tradicionalmente constituem uma sociedade.

Elementos constitutivos de sociedade:

Elementos materiais:

- Homem
- Base física: local onde se desenvolvem as relações sociais.

Elementos formais:

- Normas jurídicas
- Constitutivas: contratos sociais ou estatuto
- Comportamentais: regimento interno disciplinar, mandamentos, (Igrejas), resoluções (sociedade comercial) e outros.
- Poder: impor e fiscalizar o cumprimento das normas jurídicas.

Elemento final:

- Constitui o objetivo da criação de cada sociedade.

ESTADO: SOCIEDADE POLÍTICA POR EXCELÊNCIA

A instituição estatal também constitui uma sociedade, mas uma sociedade considerada “por excelência”, porque, enquanto as outras sociedades têm seu poder restrito aos seus integrantes e à base física que ocupam, o poder do Estado abrange todo o território, limitando, assim, o poder das demais sociedades, porquanto:

[...] enquanto o ordenamento jurídico estatal é **condicionante e abrangente**, o das **sociedades em geral é condicionado e restrito**, tanto aos membros de dada sociedade, como à sua base física. Ou seja, *inclusive* os ordenamentos jurídicos, por exemplo, os estatutos ou contratos sociais constitutivos de dada sociedade e seus regimentos internos ficam condicionados ao do Estado, que poderá estabelecer limites à sua própria constituição como pessoas jurídicas.³⁵ (grifos do autor).

Portanto, segundo dessa afirmação, não teríamos qualquer empecilho na constituição de uma sociedade comercial como, uma loja de sapatos, mas, certamente, nenhum cidadão poderia constituir uma “Sociedade dos Traficantes do Morro da Rocinha”, pois estaria contrariando o ordenamento jurídico estatal porque o ordenamento jurídico e, consequentemente, o poder político do Estado devem ser soberanos.

De fato, de acordo com a teoria do Estado, necessariamente devem ser incontestáveis (não podem ser contrariados por outro poder dentro de determinado território) e incontrastáveis (não pode existir outro poder que o iguale ou o subjogue), tendo em vista a obtenção de seu elemento final: o bem-comum.

Podemos, portanto, concluir que o Estado é a “sociedade política por excelência”, já que seu poder é soberano, sendo este um dos seus elementos constitutivos, como demonstra o esquema abaixo:

Elementos constitutivos de Estado

Elementos materiais:

População / Povo e território

35 Op. cit., p. 79-80.

Elementos formais:

Governo soberano (Poder) e Ordenamento Jurídico

Certamente, não cabe ao objetivo desta análise um detalhamento dos elementos constitutivos de Estado. Isso poderia ser localizado com facilidade em manuais de Ciência Política e teoria do Estado. Por esta razão, este texto limita-se ao necessário para o entendimento de seu objetivo central: o poder soberano.

SOBERANIA INTERNA E EXTERNA

Do ponto de vista interno, a colocação da soberania como poder supremo não representa uma questão polêmica, apesar de suas limitações como será demonstrado posteriormente, pois, visando à organização da sociedade para a obtenção do bem-comum, o poder do Estado necessariamente deve ser condicionante, caso contrário teríamos uma situação de caos absoluto.

Poderíamos argumentar que, na atualidade, o poder estatal está sendo contestado com certa frequência. O crime organizado, por exemplo, ocupa espaço que pertence originariamente ao Estado. Essa situação de “enfraquecimento” do poder estatal, porém, se é que podemos afirmar isso, não significa que o poder deixou de ser soberano. De fato, se se verificasse tal situação, segundo a teoria dos elementos constitutivos de Estado, ele deixaria de existir pela ausência de um de seus elementos, resvalando para a teoria anarquista pela ausência de normas ou até mesmo comunista, pela inexistência do próprio Estado.

Do ponto de vista externo, a situação é mais complexa, agravando a crise conceitual de soberania estatal. O conceito clássico não se aplica ao atual momento político-econômico, com o acir-

ramento de tratados internacionais tendo em vista o embricamento das economias em termos mundiais. Segundo Streck e Morais, na atualidade podemos observar um “pluralismo de ordenamentos soberanos, entre os quais se inclui o ordenamento estatal”. Os autores ainda esclarecem que “é um problema apresentado pela crise atual do conceito de soberania do estado, em virtude da proliferação de ordenamentos soberanos transnacionais, paralelamente ao do Estado”.³⁶

LIMITAÇÕES DO PODER SOBERANO

Quanto às limitações do poder soberano, além das limitações impostas pela ordem internacional, visando à convivência pacífica de diversos Estados soberanos, há que salientar as limitações do poder estatal do ponto de vista interno.

Seguindo a Teoria do Estado, o poder político estatal deve ser necessariamente incontestável e incontestável, mas não significa que tenha que ser absoluto, pois o Estado não é um fim em si mesmo e sim um meio para atingir o bem comum, em outras palavras, os interesses coletivos devem estar acima dos interesses particulares.

Nesse sentido, o poder estatal está limitado pelo ordenamento jurídico, que, ao mesmo tempo em que lhe confere legitimidade, limita sua ação. Da mesma forma, deve haver um equilíbrio entre a intervenção estatal e os direitos e garantias dos indivíduos, já que, caso contrário, teria um Estado totalitário com o uso abusivo do poder político.³⁷

36 TRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolsan. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 157.

37 FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de teoria do Estado e ciência política**. 4. Ed. São Paulo: Forense, 2001, p. 4-5.

Sendo assim, a garantia da ordem social se configura no objetivo da criação do Estado, a obtenção do “bem-comum”, que

(...) deve ser propiciado pelo Estado mediante criação de condições de cunho **político** (mantendo as seguranças externas e internas), **jurídico** (buscando o Estado de direito mediante a criação, execução e aplicação do ordenamento jurídico) e social (proporcionando à população em geral, e à sua faixa mais carente, em especial, condições de superação de sua insuficiência e necessidades de cunho educacional, de saúde, saneamento básico, lazer etc.).³⁸ (grifos do autor).

Dentre os elementos constitutivos de Estado não há como eleger prioridades para sua existência, pois, os elementos citados são imprescindíveis para a sua constituição.

Apesar de imprescindíveis para a existência da instituição estatal, há que salientar que não somente a soberania passa por uma crise conceitual, pois se verifica que há certa dificuldade em conciliar a teoria do Estado com a prática política verificada atualmente.

Por exemplo, a busca do “bem-comum”, parece não atingir seu objetivo, pois sabemos que há problemas latentes com a segurança, educação, saúde e demais condições que devem ser propiciadas pelo poder estatal, verificadas inclusive no texto constitucional. Essa situação que nos leva à seguinte indagação: se a sociedade não realiza o objetivo para o qual foi criada como justificar sua existência? A mesma loja de sapatos citada anteriormente, como sociedade comercial foi criada para gerar lucros (objetivo de sua criação), mas se não der lucro, certamente, será extinta.

38 Op. cit., p. 83.

Portanto, se a “sociedade política por excelência” não corresponder ao objetivo de sua criação (proporcionar o bem-comum) deverá ser extinta? Ou seria apenas um problema de operacionalização do poder político do Estado, isto é, problemas governamentais na condução da política pública?

O presente texto não demonstra preocupação em dissertar sobre as diversas correntes que tratam da justificação do Estado, ou até mesmo de sua negação, mas precisamente sobre os questionamentos próprios ao momento atual, quando, não somente a questão da soberania, mas outros elementos tratados tradicionalmente pela teoria do Estado precisam ser revistos, tendo em vista as transformações acarretadas pela nova ordem mundial em relação à composição e atuação estatal.

CRISE CONCEITUAL DA SOBERANIA NA ATUALIDADE

A NOVA ORDEM MUNDIAL

Há um certo consenso quanto à complexidade do chamado “processo de globalização”, retratado por Otávio Ianni como um dos grandes desafios para os estudiosos neste início de século. Incertezas presentes tanto quanto à conceituação e origem quanto às principais características e consequências da nova ordem mundial.

Esta análise não tem a pretensão de realizar um estudo aprofundado dos temas apresentados, pois o processo de globalização e sua expressão política, o neoliberalismo, são questões extremamente complexas, podendo constituir objeto de estudo de trabalhos individuais. O objetivo é a apresentação de algumas considerações quanto às principais questões que circundam o tema, a fim de salientar pontos relevantes para a verificação da transformação do papel do Estado frente à nova ordem mundial.

O PROCESSO DE GLOBALIZAÇÃO: CONTEXTO HISTÓRICO

Alguns estudiosos ressaltam a inevitabilidade da **globalização**. Segundo esta concepção, não há como permanecer alheio aos seus efeitos, porque são decorrentes de uma determinada etapa de transformações do capitalismo, na qual se verifica uma reprodução ampliada das forças produtivas.

De acordo com essa concepção, as nações tornaram-se interdependentes, não há como sociedades nacionais desenvolverem projetos econômicos desvinculados do sistema mundial e essa situação não se manifesta apenas no âmbito econômico, mas também no cultural.

O que vinha ocorrendo em décadas passadas, embora em menor escala, tornou-se um fenômeno que pensadores e estudiosos do início do século não poderiam sequer imaginar. O mundo vivencia um período cujas características são inovadoras, uma vez que se alteram relações de poder entre potências econômicas e políticas, as inovações tecnológicas ocorrem em um ritmo muito acelerado e afetam o destino de diversas nações.

A intensificação da mundialização do capital pode ser visualizada no início da década de 1970, período em que o sistema capitalista começa a apresentar sinais de saturação, evidenciado por baixas taxas de crescimento e altas taxas inflacionárias.

Os primeiros sinais desse período de recessão econômica puderam ser observados inicialmente nas grandes potências, particularmente Estados Unidos, Japão e Europa Ocidental. As economias desses locais sentiam os efeitos de um capitalismo instável, com oscilações entre crescimento e recessão na economia. Essa instabilidade econômica se caracterizava por um capitalismo não sustentado, no qual a lógica do capital não se realizava de maneira completa.

Em tal contexto, as grandes potências econômicas passaram a adotar medidas de contenção de custos na produção, visando a um aumento na margem de lucro no produto final. O resultado manifestou-se por um acirramento na concorrência entre as grandes empresas, que procuravam expandir seus investimentos, principalmente em regiões onde os custos de produção seriam minimizados por mão de obra barata, além de maior disponibilidade de matéria-prima, isenções fiscais e facilidades, por parte dos governos nacionais, na instalação de novas indústrias.

As chamadas **empresas transnacionais** tinham como objetivo a recuperação da estabilidade do crescimento econômico, criando as condições favoráveis para ampliação dos níveis de acumulação de capital anteriores à crise.

Assim, o processo aqui denominado **mundialização do capital** pode ser definido como uma reestruturação do capitalismo em novas bases econômicas, para recuperar as taxas de acumulação das décadas anteriores.

Essa reestruturação não se manteve apenas na base econômica, mas se estendeu às esferas políticas e sociais das sociedades envolvidas pelo processo. Tendo em vista a viabilização das medidas adotadas para a reestruturação capitalista, foram necessárias determinadas políticas que possibilitassem o pleno desenvolvimento do processo.

Integradas nesse contexto, surgem expressões como privatizações, desregulamentação das economias, abertura de mercado, desterritorialização, Estado mínimo e exclusão social, viabilizadas por um programa de governo específico, o neoliberalismo.

O programa neoliberal possibilita a implementação de reformas necessárias ao desenvolvimento e reprodução do capitalismo financeiro, podendo ser caracterizado como a **expressão política** da mun-

dialização do capital, especificamente, como foi salientado, do capital financeiro.

Além das reformas de cunho econômico, voltado à reestruturação do capital, nas últimas décadas, importantes acontecimentos mudaram o cenário político e econômico mundial, com conseqüências favoráveis ao avanço do chamado processo de **globalização**: a queda do Muro de Berlim, em 1989, com a unificação da Alemanha, a crise do socialismo no Leste Europeu, que desembocou na expansão da economia de mercado em localidades até então submetidas às premissas do socialismo, e o fim da **Guerra Fria** iniciada em 1946.

Com a “Revolução Européia de 1989”, a história sofreu grandes alterações e tomou um novo rumo, dando início a um período no qual se estabelecem novas correlações de forças. No período da **Guerra Fria** havia blocos antagônicos e consolidados: o capitalismo e o socialismo. Duas superpotências, Estados Unidos e União Soviética, detinham um grande poderio militar e nuclear. Representavam dois blocos de poder, com sistemas econômicos e políticos opostos.

As reformas efetuadas pelo governo Mikhail Gorbachev foram o início de profundas alterações que refletiram diretamente no avanço do processo de **globalização**. Seu programa de governo compreendia a transparência política com o início de um processo de democratização da vida política nacional e a reestruturação econômica e administrativa. Pretendia a introdução paulatina dos mecanismos de mercado, em substituição aos mecanismos de uma economia centralmente planejada.

Da mesma forma, a reunificação da Alemanha possibilitou o desenvolvimento do capitalismo nos países socialistas do leste europeu.

Cederam à nova ordem mundial países, em que o poder político permanecia centralizado no Estado-Nação, detentor de controle sobre as esferas política, econômica e social. Economias fechadas, voltadas à

proteção das indústrias nacionais, com reservas de mercado para determinados produtos, se submeteram à dinâmica do mercado internacional, abrindo suas fronteiras para a entrada de grande número de produtos estrangeiros.

Outro componente fundamental na viabilização dessa etapa de desenvolvimento das forças produtivas do capitalismo, a mundialização do capital financeiro, também denominado capital rentista ou fictício, pode ser visualizado pelo progresso tecnológico verificado nas últimas décadas.

A extrema rapidez com que se desenvolveu a comunicação informatizada propiciou uma instantaneidade das operações financeiras, com a possibilidade de negociação de grandes volumes de capitais “fictícios” entre diferentes e distantes mercados em tempo real.

Segundo Giovanni Alves, a rede mundial de computadores – Internet – constitui o arcabouço midiático da financeirização:

O desenvolvimento do ciberespaço na última década do século XX é um produto legítimo – e avançado – da Terceira Revolução Científico-Tecnológica. Ele é um dos importantes avanços no campo da comunicação informatizada, ou telemática, a partir dos anos 80 que contribuiu para impulsionar a mundialização do capital. Na verdade, a Internet se constituiu no arcabouço midiático de uma nova etapa do capitalismo mundial, cuja principal característica é o predomínio da financeirização.³⁹

39 ALVES, Giovanni. ALVES, Giovanni. **Trabalho e mundialização do capital: a nova degradação do trabalho na era da *globalização***. São Paulo: Praxis, 1999, p. 169.

Em linhas gerais, o chamado processo de **globalização**, como foi salientado, se configura como uma etapa determinada do processo de acumulação do capital, caracterizado pela mundialização do capital financeiro, cuja dimensão não se restringe apenas ao aspecto econômico. Nessa análise tratará de questões mais abrangentes do processo, com o objetivo de elucidar as transformações decorrentes da nova ordem econômica.

*O PROGRAMA NEOLIBERAL: EXPRESSÃO
POLÍTICA DA GLOBALIZAÇÃO*

A partir da década de 70, um movimento ideológico conquista espaço, o neoliberalismo. Esse modelo de orientação política e econômica, que constitui a expressão política da **globalização**, se caracteriza por uma oposição ao Estado intervencionista e de Bem-Estar social.

Inicialmente implementado pelo governo de Margaret Thatcher (1979) e, posteriormente, por Ronald Reagan (1981), o projeto neoliberal de governo adquiriu âmbito mundial, se tornando atualmente parte integrante do processo de mundialização do capital:

O neoliberalismo é bem uma expressão da economia política da sociedade global. Forjou-se na luta contra o estatismo, o planejamento, o protecionismo, o socialismo, em defesa da economia de mercado, da liberdade econômica concebida como fundamento da liberdade política, condição de prosperidade coletiva e individual.⁴⁰

⁴⁰ IANNI, Otávio. **A sociedade global**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997, p. 139.

O neoliberalismo foi desenvolvido inicialmente por Friedrich Hayek, em 1944. Pouco depois, foi formada uma corrente neoliberal que contou com a participação de Milton Friedman, Karl Popper, Walter Lipman, entre outros. Na Suíça foi fundada a Sociedade de Mont Pèlerin, com o objetivo de “(...) combater o keinesianismo e o solidarismo reinantes e preparar as bases de um outro tipo de capitalismo, duro e livre de regras para o futuro”.⁴¹

Esta orientação ideológica não foi bem recebida de imediato, pois, seguindo orientação keynesiana, de forte intervenção estatal na economia, o capitalismo demonstrou grande fase de crescimento durante as décadas de 1950 e 1960.

Por isso os postulados neoliberais não representavam uma orientação que pudesse trazer resultados ainda melhores. No início da década de 1970, entretanto, o modelo econômico capitalista começa a apresentar sinais de instabilidade econômica e um acelerado processo inflacionário. Tais fatores propiciaram a ascensão do modelo teórico neoliberal, porque, segundo sua concepção, as origens da crise estavam no controle excessivo do Estado na economia.

De acordo com os postulados liberais, o homem é um ser dotado de elementos naturais que induzem e regulam suas ações no plano da realidade, no plano econômico, político ou cultural. Também é naturalmente utilitarista e racional, dotado de razão suficiente para tomar decisões que visem à maximização de seu bem-estar social.

O Estado, ao contrário, por ser uma instituição, não tem os atributos naturais capazes de maximizar benefícios, porque interfere nas manifestações naturais dos agentes econômicos. O mercado seria o responsável pela interação entre os diversos interesses individuais, tendo

41 ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. São Paulo: Paz e Terra, 1996, p. 10.

como resultado não um caos na sociedade, mas uma harmonia entre os interesses opostos.⁴²

Dessa forma, um dos principais componentes do ideário neoliberal é a desestatização da economia, pois sem a regulamentação do poder estatal o mercado mantém a **ordem natural** do sistema. Essa desregulamentação não se manifesta apenas no plano econômico, mas também no mundo do trabalho com a **flexibilização** das relações trabalhistas, o que significa uma oposição ao protecionismo estatal nas questões trabalhistas.

Segundo o ideário neoliberal, a livre negociação entre patrões e empregadores traria benefícios não somente aos trabalhadores, já que teriam maior liberdade de escolha, mas, principalmente, ao processo de reprodução e acumulação do capital, que teria maior liberdade nas relações contratuais.

Segundo os postulados do programa neoliberal, a solução seria a minimização do Estado, ou seja, diminuir sua intervenção no mercado para que esse se auto-regularize, e a diminuição dos gastos públicos com o setor social, transferindo esta responsabilidade à iniciativa privada. Tais medidas, juntamente com reformas fiscais e estabilização monetária, trariam as condições necessárias para um efetivo crescimento econômico.

No Brasil, as políticas econômicas e sociais do projeto neoliberal, foram implementadas pelo governo de Fernando Collor de Mello e, posteriormente, intensificadas por Fernando Henrique Cardoso.

Desde o início da década de 1990, a condução da política brasileira esteve claramente em convergência com o ideário neoliberal.

42 CARCANHOLO, M. D. Neoliberalismo e o Consenso de Washington: a verdadeira concepção de desenvolvimento do governo FHC. In: **Neoliberalismo: a tragédia do nosso tempo**. São Paulo: Cortez, 1998, p. 18.

A intensificação da circulação financeira, a desobstrução ao mercado internacional, intensivo processo de privatização e medidas voltadas à estabilização monetária (tendo expressão no Plano Real), são políticas voltadas à inserção econômica do país no contexto da nova ordem: a mundialização do capital financeiro.

A adoção destas medidas faz parte de uma “estratégia global de modernização liberal”, que procura seguir as regras estabelecidas pelo “Consenso de Washington”.

No final de 1989, membros dos organismos de financiamento internacional (Fundo Monetário Internacional - FMI, Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID e Banco Mundial), funcionários do governo americano e economistas latino-americanos se reuniram para avaliar as reformas econômicas implementadas na América Latina.

Da reunião, surgiram conclusões e recomendações que funcionaram como um “manual” da política neoliberal, conhecido como “Consenso de Washington”.

As recomendações propostas abrangem as seguintes áreas: disciplina fiscal, prioridade ao combate do déficit público, reforma tributária, liberalização financeira e comercial, investimento direto estrangeiro e privatizações.

Em linhas gerais, o ideário neoliberal consiste em políticas voltadas à desestatização da economia, com a minimização da interferência do Estado; abertura de mercado ao comércio internacional, com o objetivo de estimular a concorrência com os produtos nacionais e propiciar a modernização e desenvolvimento da estrutura produtiva nacional; estabilização monetária, a fim de atrair investimentos estrangeiros e amplo processo de privatização, com o objetivo de diminuir as dívidas internas e externas.

O atual processo de mundialização do capital suscitou diversas correntes de opinião quanto à definição precisa do fenômeno: Cons-

titui uma corrente ideológica ou um programa econômico? É possível desenvolver projetos autônomos de desenvolvimento econômico, ou seja, desvinculados do mercado globalizado? Visto como o resultado do desenvolvimento das forças produtivas do sistema capitalista pode ser considerado inevitável?

No Brasil, assim como nos demais países, o processo de **globalização** gera muita polêmica quanto à sua inevitabilidade ou sua viabilidade. Os que se mostram favoráveis ao atual programa de governo e à inserção da economia do país no mercado internacional, vêem o processo de **globalização** como inevitável, do qual o país não pode permanecer alheio, por correr o risco de perder “o trem da história”, com um atraso irrecuperável no desenvolvimento das forças produtivas. Aqueles que adotam uma posição contrária argumentam que **globalização** é sinônimo de “entreguismo”, com conseqüente aumento da dependência econômica e agravamento dos problemas sociais.

*A TESE DO ESTADO MÍNIMO: REFORMULAÇÃO
DA ATUAÇÃO ESTATAL*

Como afirmado anteriormente, uma das determinações do programa neoliberal consiste na minimização da interferência estatal na área econômica, especificamente em determinados setores do mercado econômico, com a substituição do Estado produtor para um Estado “fiscalizador”, o qual, em lugar de ofertar determinados serviços passa a fiscalizar e avaliar a oferta pela iniciativa privada.

Nesse sentido, podemos visualizar uma das recomendações do “Consenso de Washington”, que recomenda um amplo processo de privatização com o intuito de “enxugar” a máquina estatal para destinar recursos para a área social.

Outra consequência com relação à alteração da atuação estatal é à flexibilização das relações trabalhistas, no sentido da livre negociação entre patrões e empregadores, sem a interferência direta do poder público.

Como consequências da política neoliberal verificamos reflexos na área social, como o aumento do desemprego e da exclusão social. Com relação às questões citadas anteriormente, esta análise passa a apresentar algumas considerações quanto às políticas neoliberais adotadas no Brasil durante a década de 90, iniciadas com Fernando Collor de Mello e intensificadas pelo governo de Fernando Henrique Cardoso. Apesar de sucintas, essas reflexões são importantes para o entendimento da transformação da atuação estatal e, conseqüentemente, da crise do Estado-nação, do poder soberano da instituição Estado.

*ABERTURA COMERCIAL: A DESOBSTRUÇÃO DO MERCADO
NACIONAL AO CAPITAL INTERNACIONAL*

Um dos componentes do programa neoliberal de governo e uma das recomendações do “Consenso de Washington” consiste na abertura dos mercados nacionais visando à maior integração com o comércio internacional.

Segundo tal concepção, o aumento da competitividade traria benefícios à indústria nacional, promovendo sua modernização e desenvolvimento.

Orientação seguida pelo governo brasileiro durante a década de 1990, num primeiro momento, trouxe consequências negativas ao parque industrial brasileiro, pois, nas décadas anteriores, havia uma forte tendência das políticas governamentais de propiciar o desenvolvimento nacional com barreiras alfandegárias para evitar a concorrência

com os produtos originários dos países desenvolvidos. O objetivo em desenvolver tecnologia própria em níveis de igualdade para competir com os produtos importados.

Com o término das reservas de mercado, no início da década de 1990, parte das indústrias brasileiras apresentou sinais de despreparo para competir com a grande quantidade de produtos estrangeiros que tiveram acesso ao mercado, com preços inferiores aos nacionais, fato constatado pelo aumento da taxa de desemprego formal verificado no período.

Isso pode ser percebido na tabela abaixo:

Tabela 1. Taxa de Desemprego Total em seis regiões Metropolitana

(em % da População Economicamente Ativa - PEA)

Regiões Metropolitanas	Porto Alegre	Brasília	São Paulo	Curitiba	Belo Horizonte	Salvador
Agosto de 1994	12,2	14,3	14,4	nd	nd	nd
Agosto de 1995	11,4	15,9	12,9	11,0	nd	nd
Agosto de 1996	13,0	17,5	15,5	13,5	13,7	nd
Agosto de 1997	14,2	18,0	15,9	14,7	13,8	22,0

Fonte: SEP, Convênio Dieese-Seade

O PROCESSO DE PRIVATIZAÇÃO

Considerado um dos pilares do programa neoliberal de governo, o processo de privatização das estatais no Brasil teve presença marcante nas políticas públicas durante a década de 1990, tendo início no governo Collor, com a privatização 15 empresas, estendendo-se ao governo Itamar, com a venda de 18 estatais e intensificado com o governo de Fernando Henrique Cardoso, com a venda de x empresas.

Tabela 2. Privatizações por setor (US\$ milhões)

	1990-1997	1990-1992	1993-1994	1995-1996	1997
Elétrico	15.148,45	90,70	-	3.495,30	11.562,45
Telecomunicação	4.734,00	-	-	-	4.734,00
Siderúrgico	4.522,20	2.281,20	2.241,00	-	-
Mineração	3.343,80	-	5,80	-	3.338,00
Petroquímico	2.587,20	1.212,60	551,50	823,10	-
Ferrovário	2.127,00	49,00	-	2.063,40	14,60
Financeiro	757,80	-	-	-	757,80
Transporte	483,76	-	192,1	-	291,66
Fertilizantes	411,60	196,50	215,10	-	-
Portuário	274,50	-	-	-	274,50
Transp. Fluvial	12,00	12,00	-	-	-
TOTAL	34.402,31	3.842,00	3.205,50	6.381,80	20.973,01

Fonte: Trend – Consultoria

O objetivo inicial consistia na privatização dos setores petroquímico, elétrico, financeiro, siderúrgico, de fertilizantes, de transportes e de telecomunicações.

A intensificação da venda das estatais visava à substituição do chamado “Estado-empresa” para uma posição de “Estado-fiscalizador”, no qual regras seriam estabelecidas para que os investidores continuassem a ofertar bons serviços aos usuários. Por isso, a criação das agências reguladoras: Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e Agência Nacional do Petróleo (ANP).

FLEXIBILIZAÇÃO TRABALHISTA

Nas décadas anteriores à mundialização do capital financeiro, especialmente no período pós-guerra, o processo produtivo baseava-se no modelo taylorista/fordista de produção, cuja divisão nacional e internacional do trabalho demandava mão-de-obra especializada na execução de deter-

minadas tarefas no interior do processo, mas, ao mesmo tempo, acarretava conhecimentos repetitivos e, em sua maioria, com baixa qualificação.

Esse modelo de acumulação capitalista se caracterizou por uma intensa exploração da mão-de-obra, tanto adulta quanto infantil, com excessivas jornadas de trabalho, locais insalubres e baixa remuneração, além de um crescente processo de substituição homem/máquina, propiciado pelos avanços tecnológicos.

Em contrapartida, foi um período marcado por uma forte mobilização operária, pois havia as condições propícias ao fortalecimento dos trabalhadores como classe: uma imensa quantidade de operários nas indústrias mobilizava-se em defesa de interesses comuns, como a redução da jornada de trabalho e melhorias salariais, tendo os sindicatos como expressão máxima.

O fortalecimento sindical foi acentuado com a intensificação da expansão transnacional dos processos produtivos às localidades das regiões periféricas, ampliando o poder de negociação dos trabalhadores tanto nos países centrais quanto nos países em desenvolvimento. Esta tendência começou a sofrer uma diminuição exatamente quando as bases do atual processo se evidenciaram. Com o aumento da utilização de tecnologias avançadas no processo produtivo, houve um deslocamento na correlação de forças entre os trabalhadores e a classe patronal.

Durante o período em que o processo produtivo esteve assentado sob o modelo de organização do trabalho taylorista/fordista, havia a necessidade de uma grande quantidade de trabalhadores nas indústrias. Para a **produção em massa**, também se faziam necessários **trabalhadores em massa**. Essa necessidade de utilização de um grande contingente de trabalhadores aumentava o poder de negociação dos sindicatos.

A intensificação da automação na grande indústria, porém, propiciou a liberação de uma massa de trabalhadores, criando um excedente de força de trabalho que acentuou o contingente do “Exército Industrial de Reserva”, enfraquecendo o raio de ação das bases sindicais.

A flexibilização do processo produtivo se reflete no mundo do trabalho com a flexibilização das relações trabalhistas, forçadas a acompanhar e se adaptar às inovações tecnológicas, com a alteração das relações contratuais.

No novo contexto, a **integração vertical** do modelo fordista, no qual as diversas etapas de montagem eram realizadas na própria empresa, foi substituída pela chamada **horizontalização** ou **terceirização** do processo produtivo, que consiste no repasse de determinadas fases da produção aos serviços de terceiros.

Essa subcontratação de serviços externos ao quadro funcional da empresa debilita a organização dos trabalhadores e acentua a precarização e informalidade do trabalho, por meio dos contratos provisórios que limitam os direitos trabalhistas.

Em linhas gerais, a reestruturação capitalista iniciada na década de 1970 foi responsável por grandes transformações no mundo do trabalho e no poder de negociação do movimento sindical. A intensificação da utilização de avançadas tecnologias no processo produtivo, responsável pela elevação dos índices de desemprego estrutural e pela desmobilização dos trabalhadores, e o crescimento da economia informal, dentre outros fatores, propiciaram uma acentuação da “dessindicalização” na década de 1990.

Nesse contexto, com a flexibilização das relações trabalhistas, o Estado se distancia das negociações entre empregados e empregadores, visto que, segundo a tese do Estado mínimo, as questões trabalhistas seriam resolvidas sem a interferência externa do poder público, situ-

ação agravante à classe trabalhadora em razão do enfraquecimento do poder sindical verificado no período.

O modelo da política econômica adotada no país desde a década de 90 trouxe inúmeras conseqüências, tanto positivas, como a modernização do parque industrial brasileiro e valorização da competitividade nacional, quanto negativas, como as taxas de desemprego e o conseqüente aumento da economia informal,

*SOBERANIA NA ATUALIDADE: ELEMENTO
CONSTITUTIVO OU CARACTERÍSTICO DO ESTADO?*

Ressalvando a amplitude e complexidade do processo, as orientações políticas e econômicas citadas anteriormente, ainda que não abranjam sua totalidade, nos remetem a algumas inquietações em relação à atuação estatal e possíveis alterações em seu poder soberano, pois tanto a abertura econômica como o processo de privatização ferem diretamente o poder estatal em sua capacidade decisória, porque a substituição do “Estado produtor” para o “Estado-fiscalizador” limita sua atuação perante o capital externo, que se instalou no país por meio tais políticas.

O poder incontestável e incontestável, tanto interna quanto externamente, considerando a convivência pacífica com outros Estados soberanos, está desconexo com a atualidade, por causa da intensificação dos acordos internacionais, da formação dos blocos econômicos e demais considerações da nova ordem mundial:

As chamadas comunidades supranacionais – Comunidade Econômica Européia CEE/União Européia, NAFTA, MERCOSUL etc. – particularmente a primeira, impuse-

ram uma nova lógica às relações internacionais e, conseqüentemente atingiram profundamente as pretensões de uma soberania descolada de qualquer vínculo ou limitação.⁴³

O incontrastável poder soberano estatal, de acordo com o qual não pode existir outro poder que o iguale ou o subjogue, na atualidade encontra-se, de certa forma, “condicionado” pelo poder decisório das transnacionais, visto que

Sob o aspecto das organizações econômicas, não se pode olvidar o papel jogado pelas chamadas empresas transnacionais que, exatamente por não terem nenhum vínculo com algum Estado em particular e, mais ainda, por disporem de um poder de decisão, em especial financeiro, que pode afetar profundamente a situação de muitos países, especialmente aqueles débeis economicamente, adquirem um papel fundamental na ordem internacional e, em especial, impõe atitudes que não podem ser contrastadas sob o argumento da soberania estatal.⁴⁴

Tendo em vista a afirmação, poderíamos argumentar no seguinte sentido: o capital internacional há muito se faz presente nas transações comerciais entre países, ainda em épocas remotas, com o surgimento dos primeiros mercadores. Sendo assim não poderíamos também afirmar que o conceito de soberania está em crise desde seu surgimento?

43 STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolsan. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004, p. 132.

44 *Idem*, p. 132.

A resposta é negativa, pois o momento atual traz um aspecto não verificado em épocas anteriores ao processo de globalização, ou seja, o embricamento das economias, a interdependência dos mercados. O que verificamos anteriormente era a internacionalização do capital, ou seja, o comércio além fronteiras e na atualidade, com a interdependência das economias temos a mundialização do capital.

Esse fato retrata a atual crise conceitual de soberania. De fato, como conciliar a definição clássica do termo, poder supremo, incontestável e incontestável, com as transnacionais, os blocos econômicos e as demais determinações da nova ordem mundial.

Podendo até mesmo ser considerado como um aspecto positivo da globalização, há que salientar o crescimento, na atualidade, da interferência da sociedade civil, por meio das Organizações Não Governamentais (ONGs), em questões até então restritas à esfera pública, como na regulamentação do mercado de trabalho, fazendo-se valer do espaço deixado pelo Estado com a flexibilização das relações trabalhistas, e na universalização dos direitos humanos e valores éticos, ou seja, a prática da chamada **cidadania global**.

Esse fortalecimento das ONGs, todavia, reflete e acentua a crise da soberania do poder político do Estado, pois a atuação dessas organizações internacionalmente se sobrepõe ao poder do Estado, visto que acordos internacionais ou até mesmo financiamento por parte de organismos internacionais como Fundo Monetário Internacional e Banco Mundial estão, de certa forma, condicionados aos relatórios destas entidades no que diz respeito à atuação estatal.

O papel das mesmas vem se aprofundando, sendo, nos dias que correm, muitas vezes imprescindíveis para que certos estados tenham acesso a programas internacionais de ajuda,

possam ser admitidos em determinados acontecimentos da ordem internacional, etc. Tais vínculos, incongruentes com a idéia de poder soberano, são uma realidade de contemporaneidade onde os relatórios destas entidades podem significar reconhecimento ou repúdio em nível internacional, com reflexos inexoráveis na ordem interna de tais países, em especial naqueles que dependem da “ajuda” econômica internacional.⁴⁵

Tendo em vista o exposto, podemos concluir que sendo elemento constitutivo de Estado, segundo a concepção clássica da teoria do Estado, não é possível negar a soberania, tanto interna quanto externa. Com relação à soberania interna, como foi afirmado anteriormente, mantém-se como um poder incontestável e incontestável dentro de determinado território, ao menos no que diz respeito à organização da sociedade para a obtenção do bem-comum, pois se o ordenamento jurídico do Estado não fosse soberano teríamos a “Sociedade dos Traficantes do Morro da Rocinha”. Do ponto de vista externo há, entretanto, necessidade de reformular o conceito, o que também não significa extinguir a soberania estatal perante os demais Estados supranacionais.

Neste sentido poderíamos fundamentar esta necessidade da revisão do conceito com a concepção do teórico alemão Karl Marx sobre a “produção da consciência”.

Marx desenvolveu os conceitos de infra-estrutura (base material) e superestrutura (base ideológica) para explicar as transformações ocorridas ao nível das idéias ao longo do processo histórico. Segundo esse teórico, as transformações ocorridas na base material, ou seja, no plano físico, acarretam transformação ao nível das idéias. Em outras

45 STRECK, *op. cit.*, p. 133.

palavras, as transformações teóricas são respostas às necessidades trazidas pelo processo evolutivo.

Pois bem, utilizando esse argumento, podemos concluir que as transformações ocorridas atualmente na base material (chamado processo de globalização) acarretaram novas necessidades ao nível das idéias, que precisa ser reformulado para atender ao novo contexto.

Qual seria, porém, esse novo conceito? Alunos do Curso de Direito, ao serem questionados sobre a questão prontamente responderam: poderíamos falar de uma **soberania neoliberal**, visto que as relações entre Estados soberanos estão pautadas no mercado econômico. Ou então de **soberania globalizada**, como um reflexo das determinações impostas pelo chamado processo de globalização.

Tendo em vista a Teoria do Estado, em relação aos elementos constitutivos de toda sociedade, até mesmo a “sociedade política por excelência”, poderíamos ressaltar a discussão quanto aos elementos constitutivos (imprescindíveis) e característicos (cuja existência não interfere na constituição da sociedade).

A soberania do ponto de vista interno certamente deve ser considerada um elemento constitutivo, como já afirmado anteriormente, entendido como condição para a organização da sociedade e obtenção de seu objetivo, o bem comum. Por outro lado, a soberania externa, segundo a concepção clássica, pode ser entendida como um elemento característico de Estado, já que sua debilidade ou até mesmo sua ausência, como constatado na atualidade, não interfere na sua constituição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante o desenvolvimento do conceito de soberania podem ser observados conceitos relativos ao contexto político, econômico e social

no qual foram se delineando as características da soberania, próprias de cada momento histórico.

No período absolutista, com a centralização do poder político no monarca, Jean Bodin e Thomas Hobbes definem a soberania como o poder imperativo, absoluto, pertencente ao monarca absoluto e não propriamente à instituição estatal. Já com os autores liberais, como John Locke e Jean Jacques Rousseau, temos uma outra concepção de soberania, porque, embora pertencente à instituição Estado, advém do consentimento popular.

Nesse sentido, com a nova ordem mundial e conseqüentes implicações, torna-se necessário reformular o conceito, principalmente pela transformação do papel do Estado na atualidade, como já afirmado, em razão das transformações nas relações internacionais.

Questões extremamente complexas e polêmicas, próprias de um momento histórico “inacabado”, porquanto o desafio do chamado processo de globalização e seu conseqüente entendimento consiste no fato de se tratar de um processo ainda em curso, cujo destaque histórico não é suficiente para o pleno entendimento de suas implicações.

Portanto, inserida neste processo, a flexibilização do conceito de soberania, utilizando novamente as afirmações de Otávio Ianni, representa um dos grandes desafios para os estudiosos neste início de século.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Giovanni. **Trabalho e mundialização do capital:** a nova degradação do trabalho na era da globalização. São Paulo: Praxis, 1999.
- ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: **Pós-neoliberalismo:** as políticas sociais e o Estado democrático. São Paulo: Paz e Terra, 1996, p. 9-37.

- BITTAR, Eduardo C. B. **Doutrinas e filosofias políticas**: contribuições para a História da Ciência Política. São Paulo: Atlas, 2002, p. 129.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BURNS, Edward Mcnall. **História da civilização ocidental**: do homem das cavernas à bomba atômica. Trad. Lourival Gomes machado. 25. Ed. São Paulo: Globo, 1983.
- CARCANHOLO, M. D. Neoliberalismo e o Consenso de Washington: a verdadeira concepção de desenvolvimento do governo FHC. In: **Neoliberalismo**: a tragédia do nosso tempo. São Paulo: Cortez, 1998, p. 15-35.
- CARCANHOLO, R. A. *A globalização*, o neoliberalismo e a síndrome da imunidade auto-atrífida. In **Neoliberalismo**: a tragédia de nosso tempo. São Paulo: Cortez, 1988, p. 77-97.
- CHATELÊT, François et al. **História das idéias políticas**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
- CHEVALLIER, Jean Jacques. **As grandes obras políticas**: de Maquiavel a nossos dias. Trad. André Praça de Souza Teles. 8. ed. Rio de Janeiro: AGIR, 2001.
- COSTA, Nelson Nery. **Ciência Política**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de teoria do Estado e ciência política**. 4. ed. São Paulo: Forense, 2001.
- GAIO, André Moysés. Reações das instituições militares ao processo de globalização. In: DOWBOR, L. **Desafios da globalização**. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.
- GUERRA, Sidney; SILVA, Roberto Luiz (Coord.). **Soberania**: antigos e novos paradigmas.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou a matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Trad. Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2000.
- IANNI, Otávio. **A sociedade global**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.
- LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Trad. Júlio Ficher. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MALUF, Said. **Teoria geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

- MELLO, Leonel I. Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco C. (org.) **Os clássicos da política**. 12. ed. São Paulo: Ática, 1999, p. 79-110.
- MORRIS, Clarence (org.). **Os grandes filósofos do Direito**. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- NASCIMENTO, Milton Vieira do. Rousseau: da servidão à liberdade. In: WEFFORT, Francisco C. (org.) **Os clássicos da política**. 12. ed. São Paulo: Ática, 1999, p. 187-242.
- ORTIZ, Renato. **A moderna tradição brasileira**: cultura brasileira e indústria cultural. São Paulo: Brasiliense, 1998.
- RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In: WEFFORT, Francisco C. (org.) **Os clássicos da política**. 12. ed. São Paulo: Ática, 1999, p. 51-78.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**. Trad. Antonio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolsan. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SOBRE OS AUTORES

Alcides Mattiuzo Junior

Mestre em Direito pela UNIVEM – Marília. Professor da UNIRON-DON – Cuiabá. Conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil em Mato Grosso. Advogado em Cuiabá.

Gustavo Tepedino

Doutor em Direito Civil na *Università degli studi di Camerino*, Itália. Livre-docente e Professor Titular de Direito Civil na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Diretor da Revista Trimestral de Direito Civil.

Jacqueline Dias da Silva

Bacharel em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR. Pós-Graduada em Direito Processual pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Assessora Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Acre. Advogada.

Josiane de Campos Silva Giacovoni

Especialista em Direito Empresarial pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Professora dos Cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito da Instituição Toledo de Ensino em Bauru. Advogada.

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira

Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Pesquisadora e professora dos Programas de Mestrado em Direito da Universidade de Marília (UNIMAR) e da Universidade Paranaense (UNIPAR). Coordenadora do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM – Núcleo Londrina. Pesquisadora. Advogada.

Laércio Rodrigues de Oliveira

Economista graduado pela Universidade Estadual de Londrina – (UEL). Mestre em Economia pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Pesquisador integrante de Grupo de Pesquisa do CNPq. Professor do Curso de pós-graduação em Economia da UEL e de outras Instituições. Delegado do Conselho Regional de Economia do Paraná. Professor da Faculdade Norte Paranaense em Londrina.

Lourival José de Oliveira

Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Pesquisador e professor dos Cursos de Graduação e dos Programas de Mestrado em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR e da Universidade Estadual de Londrina – UEL. Professor da Universidade Norte do Paraná (UNOPAR) e da Faculdade Paranaense (FACCAR).

Maria Aparecida Gagliardi

Mestre em Direito pela UNIVEM – Fundação Eurípedes Soares da Rocha – Marília. Professora Universitária. Diretora Acadêmica da Faculdade de Porto Velho – FIP. Advogada.

Maria de Fátima Ribeiro

Mestre em Direito de Empresa pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Doutora em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Pesquisadora e professora do Curso de Graduação e do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília - UNIMAR. Presidente do Instituto de Direito Tributário de Londrina - IDTL. Advogada em Londrina.

Marlene Kempfer Bassoli

Doutora em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Pesquisadora e professora dos Cursos de Graduação em Direito e dos Programas de Mestrado em Direito da Universidade de Marília - UNIMAR e da Universidade Estadual de Londrina - UEL e no Curso de Graduação em Direito da PUC-Londrina. Advogada.

Paulo Roberto Pereira de Souza

Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina-UEL na área de concentração Direito Processual Civil. Doutor em Direito das Relações Sociais, área de concentração em Direitos Difusos, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Pesquisador e professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília - UNIMAR. Reitor da Universidade Estadual de Maringá, 82-86. Professor Visitante na *University of Florida*, USA. Professor Convidado da *Universidad de Los Andes*, Venezuela. Vice-Presidente da Associação Brasileira de Advogados Ambientalistas-ABAA. Membro do Instituto de Advogados do Brasil - IAB e do Instituto dos Advogados do Paraná-IAP.

Ruy de Jesus Marçal Carneiro

Mestre e Doutor em Direito do Estado, área de Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Pesquisador e professor do Curso de Graduação e do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília – (UNIMAR). Cientista Social e Advogado.

Soraya Regina Gasparetto Lunardi

Doutora em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília (UNIMAR). Pesquisadora e professora dos Cursos de Graduação e do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília (UNIMAR). Advogada.

Walkiria Martinez Heinrich Ferrer

Doutora em Educação pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita (UNESP). Pesquisadora e professora dos Cursos de Graduação em Direito e Serviço social e do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília (UNIMAR). Membro efetivo do Comitê de Ética em Pesquisa Humana e Animal (CPHA) da UNIMAR. Coordenadora de Grupos de Pesquisa do CNPq. Cientista Social.



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