

Unimar

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

ARGUMENTUM

REVISTA DE DIREITO

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

ANO 2003 – Volume 3

ARGUMENTUM - Revista de Direito - Universidade de Marília
– Volume 3 – Marília: UNIMAR, 2003.

Anual

ISSN - 1677-809X

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

CDDir 340

Unimar

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

REITOR

Prof. Márcio Mesquita Serva

VICE-REITORA

Prof^a Regina Lúcia Ottaiano Losasso Serva

PRÓ-REITOR DE GRADUAÇÃO

Prof. José Roberto Marques de Castro

DIRETORA DA FACULDADE DE DIREITO

Prof^a Dr^a Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira

COORDENADOR DE CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Prof. Sérgio Tulio Vialogo Marques de Castro

Endereço para correspondência

ARGUMENTUM

REVISTA DE DIREITO - UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

Av. Hygino Muzzi Filho, 1001

MARÍLIA – SP. – CEP 17525-902 – BRASIL

Telefone: (0xx14) 421-4005 – fax: (0xx14) 433-8691

ARGUMENTUM
REVISTA DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

CONSELHO EDITORIAL

1. Dr. Achim Ernest Röhrmann
Corte de Justiça Superior de Berlim
2. Dr. Gustavo José Mendes Tepedino
Universidade Estadual do Rio de Janeiro
3. Dr. Jorge Esquirol
Universidade da Flórida - USA
4. Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira
Universidade de Marília/ Universidade Estadual de Londrina
5. Dr. Leonardo Greco
Universidade Gama Filho
6. Dr. Luiz Edson Fachin
Universidade Federal do Paraná
7. Dr. Luiz Otávio Pimentel
Universidade Federal de Santa Catarina
8. Dra. Maria de Fátima Ribeiro
Universidade de Marília/ Universidade Estadual de Londrina
9. Dr. Paulo Roberto Pereira de Souza
Universidade Estadual de Maringá

Diretora da Revista: Profa. Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira

ARGUMENTUM
REVISTA DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

Publicação Anual – Distribuição Gratuita – Pede-se Permuta

ANO 2003 - Volume 3

MARÍLIA - ESTADO DE SÃO PAULO – BRASIL

APRESENTAÇÃO

*O que é o Direito?
Arte, Ciência, Técnica, Poesia
Uma pergunta, inúmeras respostas
Imperioso decidir para seguir vivendo
Escolham uma opção sem esquecer das outras
Enquanto o Direito positivo produz suas normas
A Filosofia zela pela sua precisa compreensão e possível mudança
Cabe à Filosofia do Direito perguntar
E ao Direito?
Postular seus pontos de partida*.*

O grande desafio no universo jurídico continua sendo enfrentar os pontos de partidas do Direito, na busca de um porto de chegada e que, por certo, será, também, porto de partida.

A Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito, comprometida com a investigação científica, realiza busca perene, visando a proporcionar o desvendamento dos fundamentos mais instigantes e complexos do pensamento jurídico, de par com o saber crítico do fenômeno jurídico, indicando possibilidades de sentidos plurais e diversas interpretações.

O domínio do direito é o espírito em geral; aí, a sua base própria, o seu ponto de partida está na vontade livre, de tal modo que a liberdade constitui a sua substância e o seu destino e que o sistema do direito é o império da liberdade realizada, o mundo do espírito produzido como uma segunda natureza a partir de si mesmo. (HEGEL, *Princípios da filosofia do direito*, 1990)

O compromisso fundamental de um programa de Mestrado em Direito reside, pois, na conquista do melhor sentido do Direito, enquanto compreen-

* BITTAR, Eduardo; ALMEIDA, Guilherme A. *Curso de Filosofia do Direito*. 3.ed., São Paulo: Atlas, 2004.

são, enquanto entendimento, enquanto capacidade de realização, de produção de valores que conduzam à paz social.

É sob essa inspiração segura que o Mestrado em Direito da UNIMAR vem realizando missão singular, identificado pelo grupo de pesquisadores que consolidam a vocação do curso, na esteira de um programa que se põe a investigar as dimensões jurídicas do desenvolvimento econômico e as mudanças sociais, em um Estado Democrático de Direito e Social.

A UNIMAR espera, confiante, pela recomendação de seu programa, conquista que, por certo, virá, em nome do reconhecimento de todo um trabalho desenvolvido com seriedade, denodo e competência.

O terceiro volume da Revista *Argumentum* vem a lume, neste momento de expectativa, neste momento de esperança, neste momento que ainda não é inteiro, mas é chegada a hora.

Profa. Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira
Diretora da Faculdade de Direito da UNIMAR

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	05
DOCTRINA	
COMPLEJIDAD INSTITUCIONAL Y AUSENCIA DE MECANISMOS DE MEDIACIÓN EN AMERICA LATINA <i>Michele Carducci</i>	11
A TEORIA CONTRATUAL E AS RELAÇÕES DE CONSUMO NA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL <i>Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira</i> <i>Maria Christina de Almeida</i>	33
GLOBALIZAÇÃO E DIREITO: A MUNDIALIZAÇÃO DO CAPITAL E SEUS EFEITOS NO MODELO NORMATIVO BRASILEIRO <i>Arnaldo Moraes Godoy</i>	49
OS CONTRATOS DE SEGURO E SUA FUNÇÃO SOCIAL. A REVISÃO SECURITÁRIA NO NOVO CÓDIGO CIVIL. <i>Nelson Borges</i>	81
A SOBERANIA SEGUNDO OS CLÁSSICOS E A CRISE CONCEITUAL NA ATUALIDADE <i>Walkiria Martinez Heinrich Ferrer</i> <i>Jacqueline Dias da Silva</i>	101
EFEITO E ANÁLISE DAS PROPAGANDAS ENGANOSAS E ABUSIVAS PARA O DIREITO DO CONSUMIDOR <i>Ana Cláudia Moraes Juliano</i>	125
A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA: PERSPECTIVAS E PROSPECTIVAS <i>Maria Christina de Almeida</i>	141
NORMAS PARA PUBLICAÇÃO.....	153

DOCTRINA

COMPLEJIDAD INSTITUCIONAL Y AUSENCIA DE MECANISMOS DE MEDIACIÓN EN AMERICA LATINA

COMPLEXITY INSTITUTION AND ABSENCE OF THE MECHANISM OF THE MEDIATION IN THE LATIN AMERICA

Michele CARDUCCI¹

RESUMO

Este trabajo tiene por objetivo describir y analizar las relaciones y lógicas de articulación que se han dado y se dan entre la política, la economía y derecho en la estabilización de las complejas democracias modernas, fundamentalmente en la periferia de la modernidad. Interesa observar por qué las expectativas cognitivas y normativas (derecho) no logran acomodos políticos duraderos que faciliten la evolución sociopolítica en un escenario como el Latinoamericano.

Palabras-cave: lógicas de articulation; modernidad; derecho.

ABSTRACT

This paper has as objective to describe and to analyze the relations and logic of the articulation among politics, economy and law in the balance of the complex modern democracy, mainly in the periphery of modernity. It's interesting to observe why the cognitive and normative expectations do not result lasting political agreements that facilitate the socio political evolution in the Latin-American setting.

Key-Words: mechanism of mediation; modernism; law.

1. Una perspectiva sistémica

La relación entre los centros de la sociedad contemporánea y las periferias históricamente ha sido analizada sobretodo desde el punto de vista económico y, actualmente, su estudio ha sido orientado cada vez más por la investigación en torno a la globalización de los mercados y sobre las enormes diferencias que esto

¹ Catedrático de Derecho Constitucional Italiano e Comparado Universidad de Lecce – Italia
Michele.carducci@ateneo.unile.it

ha generado entre países más o menos desarrollados, más o menos dependientes o más o menos ricos.

Es adecuado incluir en el análisis de estos procesos y sus resultados, pero también, y necesariamente, concentrarnos específicamente en los aspectos políticos y jurídicos implícitos en dichos procesos. Al respecto, resulta particularmente interesante la reflexión acerca de las democracias en la periferia de la sociedad moderna y la relación siempre difícil con el sistema económico y con el derecho en América Latina.²

En América Latina la democracia, frecuentemente, se usa para cubrir o denotar cualquier tipo de operación, mientras en la teoría democrática se sigue pensando al Estado como coincidente con la sociedad (casi como un sinónimo de ella) o, al menos, como su expresión válida, evitando confrontarse con versiones que dan cabida a una mayor complejidad de la sociedad y de sus subsistemas.

Sobre este particular, la perspectiva de la sociología sistémica asume la idea que la sociedad actual esta basada sobre una diferenciación de tipo funcional. Por lo tanto, el criterio primario, sobre cuya base la sociedad se reproduce y cualquiera puede participar en la vida social, no es más aquel discriminatorio y jerárquico de la sociedad más antigua. Diferenciación funcional, hoy en día, significa que los problemas de fondo de la sociedad son los que orientan la comunicación, y no la posición social de los individuos. Entonces, el carácter de la política, en este sentido, no es más aquel de realizar concretamente la *vida buena*, o el ideal de la perfección, sino el de tomar decisiones vinculantes para todos. Al tiempo que el derecho no parte más de la estratificación, como criterio de construcción y composición del conflicto, sino que se basa exclusivamente sobre sus propios programas.

La democracia, entonces, aparece bajo un cariz diferente y sólo puede ser desacreditada políticamente.

Pero, nuevamente casos como el de Argentina y Venezuela o los temores que se vuelven a despertar de ingobernabilidad, de golpe de estado, de acefalía, generan dudas difíciles de disipar al respecto.

El despliegue de la modernidad conlleva acelerados procesos de diferenciación funcional que incrementan el dinamismo de la sociedad. A lo largo de la evolución, este proceso ha advenido en un gradual aumento de diferenciación social que ha llevado a la constitución de sistemas parciales, pero

² Véase CARDUCCI M. *A aquisição problemática do constitucionalismo ibero-americano*. Passo Fundo - RS(Brasil): UPF Editora, 2003.

Por um Direito Constitucional Altruísta. Porto Alegre (Brasil): Livraria do Advogado, 2003.

también a una agudización de los fenómenos de disgregación, fragmentación, integración y exclusión.

Problemas de desintegración o integración social, que hoy día tienden a ser redefinidos a partir del nuevo carácter de la exclusión. En efecto, exclusión/inclusión (fragmentación/cohesión), han constituido problemáticas no sólo importantes, sino fundantes de las nacionalidades, identidades y del principio de estaticidad en el proceso de civilización y diferenciación funcional/operativa de la sociedad.

Hablamos, en general, de diferenciación cuando un sistema se diferencia del propio entorno al trazar sus límites diferenciados, haciendo posible a éste observar que existen otros sistemas en el propio entorno. La característica central de este proceso es que cada función, que forma parte del esquema de diferenciación, sirva *a un sólo sistema parcial de la sociedad*. De otra manera, esta forma de diferenciación no se realizaría y aunque, evolutivamente, se pudiese hablar de división del trabajo social, diferenciación de roles o de una multiplicidad de distinciones semánticas sería implausible afirmar una diferenciación funcional de este tipo; toda vez que el factor que posibilita *operar* dicha diferenciación es la comunicación.³

Si nos remontamos al tardo medioevo esta forma de diferenciación no se lleva a cabo todavía. Allí había diversos campos para la verdad; por ejemplo, la religión, la filosofía, la retórica; había también diversos sistemas monetarios, unos para el comercio local, otros para el comercio más lejano; había distintos regímenes políticos, en el plano del imperio, en el de los territorios de los Estados, en el de la Iglesia. Evidentemente, las relaciones entre estos diversos planos parciales de racionalidad funcional eran correspondientemente complicadas.

Sin embargo, el orden social no dependía de esta situación; estaba garantizado mediante estratificación, la cual se abandona gradualmente una vez que empiezan a aumentar las dificultades de coordinación de la sociedad. El paso hacia la diferenciación primaria por funciones se impuso así -frente al orden anterior- en el plano estructural y semántico, por el camino de la diferenciación y la constitución del Estado-nación, territorial y políticamente soberano.⁴

Soberanía que no sólo fue entendida como 'independencia' con respecto a otros poderes políticos, léase el imperio o la Iglesia, sino como la capacidad del Estado soberano para responder, en un territorio claramente delimitado, a todos los problemas y cuya solución exigía que el poder político quedara concentrado.

³ Al respecto véase BARALDI C., Voz "Diferenciación", en CORSI G.; ESPOSITO E.; BARALDI C. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann* México DF, : Anthropos Editorial – Universidad Iberoamericana, 1996, p. 56-7.

⁴ LUHMANN N. *La política de la sociedad*, traducción de Javier Torres Nafarrate, México DF: Alemania Ed., 2001.

Luhmann señala que en la temprana Edad Moderna se intenta introducir una combinación de *universalidad y especificación* como capacidad universal de autonomía en cada uno de los campos funcionales de los sistemas parciales de la sociedad. Esta fue la única manera de sobreponerse con medios políticos a guerras en torno a la verdad.

Avanzando en el tiempo, ya en la segunda mitad del siglo XVIII, la semántica sociopolítica de Europa se revoluciona totalmente con el predominio del discurso ilustrado y con el imperativo de la razón, conservándose, desde entonces, casi sin cambios significativos, puesto que la instalación del Estado Social y Estado de Bienestar, en los siglos XIX y XX respectivamente, serán las únicas recepciones realmente novedosas hasta finales de la centuria a excepción, claro esta, de las guerras y la cotidiana carnicería que han caracterizado los últimos cien años.

Así, durante los dos últimos siglos, la modernidad y la sociedad han estado modeladas y orientadas por los principios de la ilustración que a través de la cristalización de grandes objetivos, explícitos ya desde el Renacimiento, trajo el pensamiento iluminista el cual promovió el Estado moderno, lo cual terminó de separar la política de las concepciones sacras, sobrepasando al absolutismo para ponerse al pueblo como el sujeto por excelencia de la política. Reinaugurando, con la *Revolución francesa*, la *historia del mundo*.

Será a través de estas semánticas históricas que la sociedad se ha venido observando temporalmente y diferenciándose, en relación con su interior, para construir la diferencia con el entorno. Estas representaciones de la diversidad, que se sedimentan, han producido un patrimonio específico de la diferencia en cada fase de la evolución histórica (cristianos/paganos, señores/ciervos, nobles/plebeyos, capitalistas/proletarios, desarrollados/subdesarrollados).

Precisamente, esto nos lleva a la clase cuenta de la cuestión de las diversas descripciones y formas en las cuales la sociedad moderna se ha construido y cómo también este proceso de civilización de expectativas ha aumentado la incertidumbre y un sentimiento de desamparo, cuyo origen radica –como señalamos– en las lógicas de inclusión-exclusión intrínsecas a todo proceso de diferenciación.

Sabido es que la civilización de las expectativas, plasmadas en el derecho y en el Estado de derecho, constituye los presupuestos básicos de la diferenciación y son el mecanismo crucial para la estabilización de las complejas democracias modernas, fundamentalmente en la periferia de la modernidad cuyo rasgo más característico parece ser lo poco que éste ha evolucionado desde los tiempos coloniales, pues aquí siguen primando las corporaciones y el caudillismo clientelar, pero no las expectativas institucionalizadas.

En el caso del sistema político, por ejemplo, éste se sirve de la expectativa de sanción negativa del poder como símbolo para generar una vinculación.

Toda vez que el poder no opera por su facticidad esta función se convierte en una especie de catalizador del poder con sanción negativa, el cual se va solidificando en un sistema político, mientras que el derecho sólo tiene la función de orientar la expectativa; vincula en el caso específico, por prestación a la política.⁵

Aunque, históricamente, el derecho ha generado esta especie de estructura de presupuestos (expectativa normativizada), del mundo moderno que cubren el presupuesto del funcionamiento de la sociedad (derechos fundamentales - garantías individuales), lo único que puede contener que el poder político devenga en vértice de la sociedad es la operatividad funcional de la totalidad de los otros sistemas sociales y no sólo el derecho. Este equilibrio se logra merced a que el conjunto de la totalidad de las expectativas funcione para limitar y/o contener el poder negativo.⁶

Una vez delimitada, la función va a decidir toda la cuestión política orientando las decisiones de la administración, mientras que en el código se decide la cuestión propia de la teoría política (administración política propiamente dicha).

Si a esto agregamos el hecho que la distinción clásica, empleada en el marco de la sociología política, entre política / sociedad es inadecuada porque, generalmente y en su expresión más simple, esta distinción quiere señalar la distancia existente entre la gente que desempeña sus funciones en el ámbito de las organizaciones formales de la esfera política y el conjunto de individuos que se considera constituyen 'la sociedad' y se encuentran fuera de dichas organizaciones. Argumento donde, frecuentemente, se termina apostando y tomando partido por los supuestos atributos normativos de 'la sociedad' a la cual se concibe como opuesta a una política caracterizada por su corruptibilidad.⁷

Sin embargo, y teniendo esta distinción como telón de fondo, no es de extrañar que hoy en día se hable de la necesidad del regreso de la sociedad a la

⁵ En perspectiva sistémica, el poder social puede manifestarse bajo tres dimensiones (formas de influencia) que podemos tipificar como: a) *Poder como autoridad*: que absorbe inseguridad (aspecto constitutivo de la comunicación). En toda la sociedad se manifiesta este tipo de poder avalado en el conocimiento, b) *Poder positivo*: formas modernas de organizar el poder positivamente para movilizar y desarrollar procesos. Se manifiesta típicamente en las organizaciones mediante la sanción positiva y, c) *Poder político*: mediante sanción negativa. Recordemos que Luhmann considera al poder del mismo modo que cualquier otro medio de comunicación simbólicamente generalizado: como algo que limita la gama de selecciones del otro. Aunque el poder puede realizarse en otros sistemas sociales ocasionalmente, según sus necesidades. Ver LUHMANN N. La política de la sociedad, op. cit., 2001. Cap. 2.

⁶ Ahí la acción deviene finalmente es un proceso de atribución. Por ello Luhmann contraponen la comunicación a la acción (por ejemplo, socialmente matar no es una acción indicativa es una conducta que tiene atribución social). Entonces, la acción por sí misma no es mera interacción, es sólo atribución.

⁷ La cual remite filosóficamente a la distinción entre espacio público de la vida política y la economía doméstica cuyo componente ético se afirma en una supuesta naturaleza humana orientada hacia su perfección en la comunidad política (*vida buena*).

política (como condición de la verdadera democracia), o de la expansión de la política más allá de sus fronteras formales, donde ya no sólo el público sino también lo privado es político. Así, la reflexión sobre la política en la sociedad contemporánea, particularmente en la periferia latinoamericana, continua anclada en las preocupaciones por la totalidad, por las grandes construcciones sobre el mundo pero no en las necesarias compensaciones que se generan en la simultaneidad y contingencia de las decisiones -o no decisiones- (complejidad) que este proceso de diferenciación y modernización desencadena.

Esta situación se torna más evidente, y dramática, en América Latina, donde el referente de la sociedad moderna, que en nuestro continente nunca se cristalizó plenamente, se ve afectada hoy por significativos cambios estructurales: desplazamiento a una economía terciaria y los diversos impactos que genera el advenir globalizador.

2. Complejidad y política de la moderna sociedad

Al parecer *el triunfo liberal burgués sobre las otras corrientes de la modernidad*⁸, ha dejado al descubierto un tipo de nuevas complejidades e incertidumbres, de nuevas reparticiones; de inclusiones y exclusiones, de posibilidades y desesperanzas, de 'libertades' y esclavitudes en la sociedad moderna.

Resulta del todo evidente que en una realidad social, donde se incrementa la diferenciación y el dinamismo, se generen distorsiones y desencuentros (entre expectativas y normas) que van minando la credibilidad y confianza entre las elites gobernantes y los ciudadanos, pero también, como se ha indicado, que se agudicen gradualmente los fenómenos de exclusión y disgregación social.

En la actualidad, y fundamentalmente en la periferia de la moderna sociedad⁹, con la cada vez más hegemónica presencia del mercado como vehículo de coordinación social, el *sobre codificado* capitalismo viene a representar la realización plena del proyecto de civilización tecnológica de la modernidad aunque, al mismo tiempo, expresa su negación pues ya no requiere ni supone la

⁸ Según los convencidos del 'fin de la historia': la victoria de los valores e instituciones occidentales - no sólo estadounidenses- hace de la democracia liberal y de la economía de mercado las únicas opciones viables. Ver FUKUYAMA F., "Occidente puede resquebrajarse", *El País*, 17 agosto 2002.

⁹ Entendemos por periferia de la sociedad moderna el tipo de orden social cuya característica central es la estratificación (es decir, sus formas operativas se encuentran más en el campo de la organización) y donde, evidentemente, su sentido de operación tiende a la estratificación social y no a la diferenciación. La modernidad construye una imagen de sí misma y lo que no entra en esta imagen se considera como su periferia, lo cual no significa, en ninguno de los casos, que en éste tipo de diferenciación la periferia sea menos importante que el centro. Ello equivaldría a aprehender esta forma de diferenciación de manera falsa, según el modelo de relación por rangos jerárquicos. Ver LUHMANN N., "Causalità nel Sud", en CORSI G.; DE GIORGI R. *Ridescrivere la questione meridionale*, Lecce (Italia): Pensa Editore, 1998.

existencia de un individuo autónomo, racional y emancipador, sino que, por el contrario, necesita de una multitud de *replicantes* programables y sin discernimiento acerca de los fines. Situación que se torna más apremiante cuando el pasaje de un siglo a otro genera la sensación de poco caso, de pérdida de las garantías individuales, de crisis de la representatividad y de la política.¹⁰

Aunque ciertamente Latinoamérica en el siglo XXI no es la misma, vuelve encontrarse con sus viejos problemas. Como señala Walder, tras diez años caracterizados por la globalización y el neoliberalismo, comienzan emerger los mismos problemas del siglo XX como si se tratara de una enfermedad endémica.

Los noventa, que sucedieron a la denominada 'década pérdida' por el arrastre de la deuda externa, se estrellan con el albor del nuevo milenio y descubren con desengaño que las políticas económicas del ajuste no lograron suavizar las miserias. Quizás la región sea más rica que antes al observar las estadísticas de su producto interno, pero este argumento no resuelve de todos modos la inequidad, el alto desempleo, la inseguridad social, la precariedad laboral, la pobreza y, menos aún, la frágil institucionalidad y civilización de las expectativas.

Sin embargo, en el continente, de cara a estos procesos el sistema político pareciera haber perdido capacidad de control sobre las diversas expectativas y fases que porta la modernidad, caracterizándose más bien por su retraso en las formas de hacer y pensar la cuestión política y por las posiciones tradicionales y estatistas de las elites (donde no hay una clara idea del nuevo papel y las restricciones que abre el proceso de modernización). Es como si la política no tuviese tiempo para observar y organizar secuencialmente sus propias operaciones. Por lo tanto, no es de extrañar que a escala mundial y continental se viva un fenómeno de desafección y, también, un cierto malestar por la cuestión política.¹¹

En América Latina, históricamente, se instaló una pesada estructura de gobierno que, por lo general, ha dificultado la evolución política y social; es como si el impacto y las transformaciones de las revoluciones de fines del siglo XVIII y principios del XIX en Europa y los Estados Unidos no hubiesen soplado sobre estas costas. Por el contrario, al parecer la gran ola revolucionaria que barrió al mundo atlántico depositó un conjunto de preceptos practicables sólo las sociedades centrales. Porque a diferencia de las sociedades europeas, cuyo proceso de diferenciación funcional resultó en un patrón de organización social de tipo poli céntrico, tal que los sistemas sociales operan descentralizados y de modo autónomo aunque acoplado, nuestras sociedades se han caracterizado por estar estructuradas en torno a un sistema centralizado y autoritario.

¹⁰ Véase LEAL A. *El crepúsculo de la política*. Santiago del Chile: LOM Ediciones, 1996.

¹¹ Un buen ejemplo al respecto, en BECK U. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Barcelona: Paidós Editorial, 1999, p. 219-221.

Actualmente existe el reconocimiento tácito que las sociedades contemporáneas más desarrolladas han fundado sus logros en la creciente civilización de las expectativas y la consecuente ampliación de los derechos individuales, en la generalización de las formas democráticas de gobierno, en la asignación de recursos sobre la base del mercado, en el conocimiento científico y tecnológico y en la instrumentalización de los vínculos sociales por medio de organizaciones formales; lo cual es cierto, toda vez que dicho proceso ha estado asociado con una acentuada diferenciación en sistemas parciales que vienen desplegándose sin reconocer restricciones, salvo las contenidas en sus propias estructuras y que hacen referencia a operaciones auto referenciales.

En el continente y tras de la discusión sobre la modernidad y la política, en día resurge otra vieja discusión que acompaña su desarrollo y evolución: *la modernización*. Recordemos que en la región la instancia privilegiada de coordinación sociopolítica fue y ha sido el Estado centralizado. Entre 1930 y principios de los años ochenta, el gran Estado de compromiso social (centralizado) se volvió la norma en prácticamente todo el continente a partir del modelo ideado por la constitución mexicana de 1917. Ello, en un escenario donde los diferentes sectores sociales exhibieron históricamente una menor propensión a la moderación y la prudencia política en el planteamiento de sus demandas y, donde también, las elites dirigentes mostraron más descarnadamente su irresponsable demagogia avaladas por las instituciones representativas, que operativamente han sido incapaces de refrendar y canalizar las expectativas desbordados de una tumultuosa ciudadanía.¹²

Por ejemplo, amparados por los diseños constituciones los derechos se convirtieron, por lo general, en la fachada de las autoridades centrales para comprar lealtades, cuestión por demás característica en la región, ya que, también históricamente, el fracaso de la ley frente a las estructuras autoritarias puede explicarse, en parte, por la ausencia de movilización social a favor de las reformas y por la instrumentalización de ésta por la clase en el poder. Como señala Langley, históricamente las ideas liberales han sido sólo compartidas por las elites, mientras las masas, al tiempo que eran movilizadas a favor de la independencia, tenían que ser controladas para evitar que las nuevas repúblicas se salieran de control.¹³

¹² El Estado, como se ha señalado, fungió como el motor de la economía y la industrialización. El esquematismo tradición/modernidad es abandonado y el discurso en adelante no será ni heroico ni épico pues ya no hay tránsito a algo distinto, sino lo único posible es lo que hay, situación marcada por el resurgimiento de ejes y temas de las etapas precedentes (modernización, desarrollismo, dependencia). Se da una vuelta a ideas abstractas y generalizantes de aplicación universal, una especie de "neo-modernismo" económico donde el concepto de democracia vuelve a ser central.

¹³ Al respecto véase LANGLEY L.D. *The Americas in the Age of Revolution 1750-1850*. New Haven: Yale University Press, 1996.

Este tipo de coordinación social, que se fundó en la existencia de una administración pública, un 'particular' estado de derecho y en una clásica idea del Estado centralizado, se apoyó sobre una cierta concepción de soberanía, toda vez que suponía una clara diferenciación entre sociedad y Estado, donde la centralización del poder en el Estado como instancia legítima de dominación en tanto autoridad reconocida, operaría como vértice de la sociedad.¹⁴ Así se fueron configurando e ínter-penetrando lógicas del que hacer político que remitían a ciertas instituciones comunes en el área; el paradigma de la planificación racional, cuya máxima expresión fue el Estado desarrollista entre los años cuarenta y sesenta del siglo pasado.

Pero la intervención racionalizadora del Estado, que en el lenguaje de Lechner suponía a una realidad social de escasa complejidad para que las normas de reciprocidad fuesen aplicables (es decir, la suposición de un sistema compuesto de las acciones recíprocas entre individuos en una cadena de causalidad simple y una ejecución obediente de las medidas), es una conceptualización que descansó en la convicción que las metas, los medios y criterios estaban claramente determinados y priorizados, y que la acción individual se agregaba sin fisuras tras la consecución de las metas y fines colectivos.¹⁵ Mas, dicha concepción de la coordinación total de la sociedad a través de la planificación integral se desmoronó, porque ya no puede funcionar más como narrativa de la historia (meta-discurso como referencia existencial a su propio tiempo).

Precisamente, en la actualidad, las limitaciones de las distinciones conceptuales clásicas como soberanía, política y sociedad crean dificultades porque con conceptos tan reificados resulta difícil, cuando no implausible, entender la compleja dinámica política de la sociedad moderna. Como se indicó, en el vértice institucional de esta particular forma de estructuración social se ha situado el sistema político y a su referente descriptivo, el Estado.

Desde el origen de las Repúblicas ha sido la política, incluso con prescindencia de la legitimidad jurídica, el sistema funcional que ha definido los lineamientos para el desarrollo de las otras esferas. Claros ejemplos de dicha indiferenciación son la historia de estados de excepción en América Latina (indiferenciación política-derecho). En el ámbito territorial este carácter concéntrico adquirió la forma de centralización.

El poder -en manos de una elite descendiente en su mayoría del colonialismo imperial-, se articuló en función de generar el Estado-nación

¹⁴ Soberanía en el doble sentido, como garantía de la unidad nacional respecto al sistema internacional (externa) y como garante de la cohesión interna, donde el Estado articula la vida social mediante la coordinación política, vértice de la sociedad.

¹⁵ LECHNER N. Tres formas de coordinación social, en *Revista de la CEPAL* Santiago del Chile, n. 61, p. 9 ss., 1997.

(homogeneizar el lenguaje, ciertos valores y concepciones, símbolos y patrones culturales) y las instituciones de la sociedad. De allí la referencia histórica de la sociedad civil al Estado y luego al sistema de partidos, como legítimo intermediario entre el Estado y ésta, que van instituyendo formas en que el sistema político (particularmente en la fuerte institucionalidad chilena) garantiza la dominación social. Una eficiencia de la dominación que, haciéndose fuerte en el Estado, termina por subsumir a la organización social y ahogar a la llamada ‘sociedad civil’ (típicos caso representados por corporativismo de Estado: Argentina, México).¹⁶

El imperativo estadual de la transformación de la *barbarie en civilización* que definió la acción estatal por medio de la noción de progreso durante gran parte del siglo XIX, se transformó en el XX en la unidad en torno a la idea de desarrollo, con lo cual las diferencias culturales locales sólo fueron aceptables en la medida en que no intervinieron con aquellos objetivos mayores. En el campo económico la centralización se tradujo en industrialización urbana y en el manejo planificado y guiado desde el Estado del proceso de sustitución de importaciones (indiferenciación política-economía). Con ello, el desarrollo se transformó en una evolución controlada jerárquicamente desde un sistema funcional situado en la cúspide de la sociedad; el sistema político.

En su conjunto dichas estructuras y formas de coordinación han configurado una particular forma de ‘diferenciación/desdiferenciación’ que coexiste al interior de los ordenes sociales de la región, generando definiciones homogéneas y abarcales que obstaculizan el despliegue y consolidación de la autonomía sistémica, toda vez que los acoplamientos se transforman en procesos de desdiferenciación al ser reemplazados por sustitutos funcionales y fórmulas de auto-entendimiento (relaciones clientelares, caudillismo), que dificultan el despliegue de la especialización de funciones y de la operatividad democracia.

Observemos por qué.

3. Política y Cultura en América Latina

Desde otro ángulo, en la actualidad, todavía algunos políticos y cientistas sociales, confiando en una supuesta racionalidad y previsibilidad de las decisiones políticas, piensan que es plausible a partir de las operaciones del sistema político y del Estado, orientar la economía, la educación, la ciencia y el derecho, en fin el conjunto de la sociedad y del mundo. Situación que es agravada, cuando no se torna crítica, por el bajo grado de institucionalización de las

¹⁶ CASTORIADIS C. “¿Qué democracia?”, en *Figuras de lo pensable*, México DF: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 147.

expectativas (cognitivas - normativas) y por la especial forma histórica de hacer política en el continente; el *movimentismo*¹⁷ o *caudillismo*, donde todo el desarrollo y consecución de objetivos político-sociales y económicos se ha dado a través de la lucha de *movimientos*, situación que a menudo, como se ha indicado, fue interrumpida por la acción de golpes militares.

Movimientos que pueden ser definidos como formas de acción colectiva que establecen relaciones verticales entre un *líder carismático* y una *masa* que sigue la presencia e ideología de ese líder, los cuales tienen características particularmente *esencialistas* (centradas en valores) y cuyas articulaciones generan una fuerte identificación horizontal entre los sujetos miembros, todo lo cual define la acción política en una lógica amigo (los movimentistas) y enemigo (los *no* movimentistas) determinando así el campo político.¹⁸

La conjugación de dichos factores, aunque matizados, son centrales en la constitución y articulación de la *cultura política* en las sociedades latinoamericanas de fin de siglo y marcan la lógica orientadora de las 'nuevas' democracias, donde ésta sigue siendo un problema porque algunos aspectos institucionales de la vida sociopolítica son deficientes ya que, indicábamos, conservan las características típicas de movimentismo y de la desdiferenciación funcional (*compadrazgo, caudillismo corporativismo*).¹⁹

Esto genera que la relación entre política y derecho también se torne crítica pues, y más allá de la diferenciación funcional y operativa que suponen como subsistemas, al operar funcionalmente diferenciados estos se vinculan recíprocamente a través de sustantivas prestaciones operativas, toda vez que el

¹⁷ Que surgen principalmente con la *crisis del estado oligárquico* (década de los '30) he intentan presentar un proyecto político alternativo (institucionalización *no* pluralista, fusión entre el Estado, la política y la sociedad, por ejemplo México). Ver ALBERTI G. *La Construcción de la Democracia en América Latina*. México DF: FLACSO ed., 1997. En Asia y Latinoamérica la evolución política se caracterizó por crecientes conflictos étnicos y clasistas, repetidos motines y violencia popular, frecuentes golpes de Estado militares, predominio de dirigentes personalistas inestables que a menudo adoptan desastrosas políticas económicas y sociales, una amplia y flagrante corrupción de ministros y empleados públicos, una violación arbitraria de los derechos y libertades de los ciudadanos, niveles decrecientes de eficacia y capacidad burocráticas, una difundida alineación de los grupos políticos urbanos, la pérdida de autoridad de legislaturas y tribunales, y la fragmentación (y a veces desintegración total) de partidos políticos con amplias bases de afiliados HUNTINGTON S. *El orden Político en las Sociedades en Cambio*. Barcelona: Paidós, 1972.

¹⁸ Estilo de hacer y ser de la política; gobierno por decretismo, situaciones de violencia y marginalidad, tensiones entre la representación política y la actuación del Estado, exclusión/inclusión, etc. Exponentes paradigmáticos de esta caracterización quedan representados por los *populismos* latinoamericanos clásicos: G. Vargas en Brasil y J. D. Perón en Argentina.

¹⁹ Por ejemplo, en el Perú, donde los gobiernos de transición o *nuevas democracias*, han seguido los derroteros históricos en su forma de entender y hacer política, es decir, han reavivado la lógica movimentista de corte esencialista (Movimiento cambio '90 de Fujimory). Ahí volvemos a ver la figura del líder carismático que guía a las masas en un escenario que, evidentemente, dista mucho del contexto donde se generaron los populismos clásicos. No pretendo sostener, como algunos suponen, que estamos frente a una suerte de neopopulismo, pues eso sería un anacronismo y un error político.

sistema del derecho ofrece al sistema político prestaciones fundamentales en cuanto a la legitimidad de las decisiones políticas y de la operativización de las premisas para el uso y aplicación del monopolio estatal de la violencia, mientras que la política ofrece al sistema jurídico las premisas decisorias en forma de ley.

Ahora, si el sistema político es el sistema social por excelencia que tiene la capacidad de integrar sobre la base de una selección tomada (elección), su función no es otra que coordinar en decisiones colectivas vinculantes tanto a quienes adoptan las decisiones como a quienes son objeto de ellas. Para ello requiere necesariamente del derecho como canal operativo que funcionaliza y hace operativas dichas decisiones, como también las prestaciones políticas ocurren cuando se precisa de decisiones vinculantes en otros sistemas funcionales.

Pero, sin autonomía funcional, la representación política y el derecho pierden su capacidad de garantizar procedimientos que mantengan abiertas y acrecienten las posibilidades de elección, variación y construcción de alternativas. Reconociendo que la función política no puede todo, puesto que es mucho menos capaz de transformar los grandes ideales en realidad, mas sin ella, se pierde una pieza fundamental para mantención de la democracia. De lo contrario, las formas de auto-entendimiento están en el origen de la frágil institucionalización en el continente.

El problema entonces es que en América Latina existe un enorme abismo entre expectativa cognitiva y norma, mientras que, por ejemplo, en las democracias consolidadas hay una concordancia razonable entre conducta y ley. Esta situación se ve agravada por las particularidades del desarrollo histórico del continente, puesto que el proceso de aprendizaje normativo ha sido permanentemente bloqueado a través del cierre de los espacios de discusión pública y el mantenimiento de dependencias personales y colectivas respecto al Estado y los agentes económicos. Este bajo y particular nivel en la construcción institucional está íntimamente ligado a las formas asumidas en el proceso histórico de autoconstrucción de las sociedades civiles, especialmente por la erosión de los acuerdos legales constitucionales, consecuencia de prácticas y formas populistas de coordinación social.

Entonces, en la actualidad aunque la democracia goce de una amplia posibilidad en la región, se percibe un descontento con relación a su funcionamiento, porque una cosa es tener 'democracia' y otra gobernar democráticamente al nivel de las instituciones, del sistema de partidos, del poder judicial o legislativo. Ello porque junto al impulso democrático prevalecen fuertes limitaciones político-constitucionales heredadas casi de la época Colonial, y que han sobrevivido desde el caótico constitucionalismo del siglo XIX, hasta el reciente pasado autoritario. Limitaciones que plantean interesantes preguntas sobre la forma cómo operan estas democracias y cómo son posibles.

A este respecto, uno de los aspectos más críticos está dado por lo excesivamente integrado de nuestras sociedades; es decir, por el bajo procesamiento de sentido diverso (no hay pluralidad de lenguajes), y por la forma en que se ejerce el poder ejecutivo y la fragilidad del derecho para contenerlo.

Por ejemplo, en la región resulta una característica general que la institución presidencial haya derivado en un presidencialismo excesivo. El control del Ejecutivo ha sido tomado por Presidentes que no lo eran en el sentido republicano de la palabra, sino émulos del absolutismo que acababan por desconocer la propia institución, la cual además no tiene el contrapeso necesario para limitar su poder. De estos excesos han derivado las diversas subespecies del presidencialismo criollo: *el sátrapa, el caudillo o pretor, el patriarca, el cacique y el amo de estancia*.²⁰

El caso chileno resulta casi kafkiano; a la fecha de facto se vive un gobierno cívico-militar porque ello quedó consagrado en la Constitución de 1980. El discurso de Chacarillas en 1977 explicitó esa Constitución muy claramente, señalando que los garantes de la institucionalidad son los militares aunque el gobierno lo ejerzan los civiles. El discurso de Chacarillas no habla de *transición* sino de consolidación. Pero, en el resto del continente la situación no es muy diversa. En Argentina, por ejemplo, bajo el gobierno peronista de Carlos Menem, el poder Judicial usa toda su autoridad para fortalecer la institución presidencial y debilitar a otros actores que ‘amenazaban’ la acción del Ejecutivo. Algunos años atrás, en Perú, los cambios constitucionales para reforzar la independencia del poder Judicial fueron neutralizados por nuevas reformas del presidente Fujimory, mientras en Venezuela Hugo Chávez ha hecho lo imposible por neutralizar la Constitución de 1961. Por otro lado, en Guatemala, el Ejecutivo está en manos de un asesino confeso y en Bolivia Hugo Banzer, militar golpista de los ’70, ocupó constitucionalmente la presidencia de la República. En la realidad, el Estado en Latinoamérica resulta prisionero o de los militares, de instituciones autonomizadas del Estado, de diversos grupos civiles o instituciones religiosas o culturales, de gobiernos extranjeros o actores transnacionales (FMI-BM) o, como en algunos países de la región, de grupos ligados al narcotráfico.

Además, si a lo anterior sumamos el hecho que virtualmente todas las constituciones de la región contienen cláusulas para crear regímenes de excepción donde los Presidentes electos pueden actuar como dictadores constitucionales, dada la amplia definición del término ‘emergencia’ y dado los repetidos fracasos para crear balances institucionales al ejercicio de poder, los poderes de emergencia se constituyen, a fin de cuentas, en “la base jurídica de la dictadura y la tiranía”, como indica Loveman, o en el sustrato del clientelismo.

²⁰ LOVEMAN B. *The Constitution of Tyranny: Regimes of Exception in Spanish America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 1993.

Esta forma de coordinación clientelar (que en la actualidad a derivado en *pretorianismo civil*)²¹ ha sido una de las prácticas que más han dañado a las democracias de la región, obstaculizando la institucionalización real de las expectativas cognitivas y violentando las normas, formando coaliciones clientelares, casi mafiosas, que privatizando el bien común hacen implausible los beneficios de largo plazo para las *inmensas minorías*, promoviendo, a fin de cuentas, la inestabilidad política y social.

4. El ausencia de mecanismos claros de mediación institucional

Hemos señalado que la característica sociopolítica más sobresaliente del devenir evolutivo en América Latina ha sido la precariedad de la institución cognitiva y los problemas para operativizar el derecho (normas). Inestabilidad y disfunción que no son el producto de una osificación institucional sino de formas sobre-entendidas, donde un tipo de mecanismo integrador, la integración normativa, ha sido sustituida gradualmente por formas desintegradoras e inadecuadas de integración sistémica: el caudillismo clientelar.

El *revival* del caudillismo clientelar, que en su variante moderna Huntington denota como pretorianismo²², es el resultado de una precaria y difícil evolución de la institucionalización política en relación con el desarrollo socioeconómico y la movilización social, toda vez que el desarrollo del orden social diferenciado supone un mayor simbolismo y una civilización de las expectativas, como presupuestos de la comunicación.

Pero en una sociedad, cuya lógica de coordinación dominante es el caudillismo clientelar o el mercado, aunque compleja y diferenciada, carece de estabilidad institucional. Más bien es una sociedad donde la diferenciación e indiferenciación se presentan a un mismo tiempo.²³

De allí que si la diferenciación social y la creciente movilización política no son seguidas por un incremento en la complejidad institucional, el resultado es un accionar político sin integración política. Es decir, una situación donde los actores sociales y políticos se movilizan sin una construcción simultánea de

²¹El *pretorianismo*, en acepción amplia, se define como la influencia política abusiva ejercida por algún grupo militar. En la actualidad esta influencia perversa ya no es ejercida por los militares "directamente", pero sí por sus émulos; los pretores civiles.

²² LEAL A. *El crepúsculo de la política*. Santiago del Chile: LOM Ediciones, 1996.

²³ La civilización de las expectativas supone reglas básicas fundamentales referidas al individuo y al sistema, constituidas históricamente (institucionalización que señala el marco de referencia, las reglas del juego). Son, más bien, las garantías individuales institucionalizadas y operando las que garantizan la civilización de las expectativas y la plausibilidad del consenso.

instituciones cognitivas y normativas capaces de articular y agregar sus demandas. Por lo tanto, aunque los diferentes sectores sociales busquen tematizar derechos, plasmándolos en el lenguaje de la ley, sin un sistema de jurídico que funcione, esos derechos no pueden ser plenamente gozados, como queda de manifiesto en la historia reciente del continente.

En ausencia de mecanismos claros de mediación institucional, las fuerzas políticas y sociales se confrontan abiertamente unas contra otras en una selva hobbesiana. El aumento de la politización no canalizada por mecanismos institucionales tiene por resultado, en la práctica, que las constituciones y el derecho se tornen 'flexibles' y las garantías constitucionales se hagan 'inciertas', toda vez que son manipuladas por minoritarios pero fuertes grupos de poder.

Sabemos que en las sociedades centrales los derechos fundamentales efectivamente se han institucionalizado y progresivamente extendido en sucesivas olas de juridificación política, económica y social pues, precisamente, lo que distingue al sistema democrático de formas políticas o caudillescas es la *praxis* de acuerdos institucionales estables: Pero, en los sistemas políticos de la periferia las débiles instituciones se encuentran a merced de minoritarias fuerzas sociales que los 'colonizan' con el objetivo de obtener beneficios privados. Incluso, aún cuando estos hayan adoptado formalmente dichas instituciones, no pasa de ser un gesto alegórico porque de hecho, en la práctica, son ignoradas o utilizadas funcionalmente como un nuevo instrumento de dominación (operativas sólo para algunos).

Por ello, toda vez que se incrementa la participación política, que resulta del proceso de extensión de la ciudadanía, el sistema democrático se tensiona y es incapaz de establecer adecuados mecanismos de agregación e intermediación de intereses, dejando la puerta abierta a reacciones autoritarias o manifestaciones caudillistas.

Una ilustración paradigmática, hasta el dramatismo, del fenómeno de politización no mediada está dada por las dictaduras militares. Sabido es que a diferencia y en contraste con los pronunciamientos militares del pasado (los cuales eran una parte integral del juego caudillezco), las dictaduras militares que surgieron a lo largo del mapa político latinoamericano, en las décadas del sesenta y setenta, se vieron a sí mismas como un intento fundacional para establecer las bases institucionales de un nuevo orden político que solucionaría el problema crónico del caudillismo, la 'politiquería' clientelar y el marxismo.

Las dictaduras militares, cuyas bases políticas estaban dadas por el modelo de la economía neoliberal y por la *Doctrina de Seguridad Nacional*, se comprometieron a restaurar el orden a través de la desactivación de la sociedad civil y la 'normalización' de la economía. Su objetivo principal era contener la movilización popular radicalizada en la década anterior y el re-establecimiento del *orden* a través de la fórmula del estado de emergencia. Era, según algunos

teóricos, una respuesta a la descomposición del modelo capitalista, al resquebrajamiento y crisis del aparato estatal y la ‘pérdida’ de legitimidad del régimen político²⁴. Los militares se auto concibieron como una solución al problema del caudillismo y, a la vez, como los únicos actores supra-políticos que encarnaban aún los *vilipendiados valores patrios*.

Evidentemente el advenimiento de los militares al poder vino a transformar la función del *Estado de compromiso* en un Estado represivo y vigilante que eliminó *el mercado político competitivo* y el sistema tradicional de mediaciones políticas, subordinando el espacio público de la sociedad a las nuevas necesidades de control y disciplinamiento de la población, imponiendo nuevas formas de legitimación y obediencia.

En el contexto de la ‘politiquería’ clientelar, caracterizada por una politización no mediada, los militares se pensaron a sí mismos como el único actor capaz de actuar como un poder despolitizador neutral contra la politización. Sólo ellos estaban en posición de congregar a la población tras metas nacionales compartidas, dado que su tradicional desdén por la política los ubicaba como un poder imparcial capaz de elevarse sobre lo político. Por esto no es casual que en el plan de la participación social, las dictaduras militares, usando fundamentalmente técnicas represivas y reformas legales, promovieran el ‘orden’ a través de la atomización y fragmentación del tejido social, buscando la obsecuencia y el disciplinamiento de la población.

Sin embargo, el disgusto de los militares por la política, particularmente por los partidos políticos, hizo difícil el proceso de institucionalización política y generalmente sus propuestas institucionales fallaron en proveer mecanismos eficaces de agregación de intereses e intermediación adecuados. En su conjunto, este escenario representó más bien la patética manifestación de una profunda desarticulación y atomización social, cuyos efectos desorganizadores de la matriz histórica de la sociedad, no lograron configurar establemente modos diferentes de orden social, económico, cultural y político.

En la práctica las dictaduras militares fueron incapaces de proteger al Estado la colonización de los poderes sociales y terminaron siendo víctimas del mismo tipo de politización que venían a combatir.

La descripción que hace O’Donnell de las tensiones que constantemente permearon la alianza autoritaria desafía la noción del autoritarismo como un caso extremo de autonomía del Estado, en la cual el Estado reina majestuosamente sobre la sociedad. En realidad el ‘Estado burocrático autoritario’ demostró una similar fragilidad y una propensión a ser colonizado por los intereses privados

²⁴ Sobre esto ver LECHNER N. *Los Patios Interiores de la Democracia. Subjetividad y Política*. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1995.

que la asemejaba al Estado pretoriano que trataba de reemplazar. El asalto, o auto golpes internos, al Estado de grupos sociales particulares, que se apropiaron de sectores burocráticos específicos para alcanzar sus intereses privados, minó la racionalidad institucional del Estado burocrático autoritario.²⁵

De esta forma, la privatización de las instituciones estatales contribuyó, como en el pasado, a la erosión, fragmentación y, finalmente, a la caída del autoritarismo burocrático. Sólo que en esta ocasión no hubo diques para contener de la destructiva dinámica del pretorianismo, ya que los mismos militares habían sido víctimas de la politización; porque las instituciones estatales que eran indispensables para restaurar el orden o no existían, o habían sido desmenuzadas y desintegradas por la maquina militar.²⁶

Resulta evidente entonces que la privatización del sistema político vía represión o corporativismo, puede desacoplar temporalmente al sistema político del ambiente social (desdiferenciar), pero sólo la legalidad es capaz de establecer estructuras institucionales autónomas y despolitizar las estructuras institucionales evitando el resurgimiento del clientelismo. En tal sentido toma importancia la perspectiva sistémica que considera que estos fenómenos pueden explicarse a partir de la debilidad en la afirmación de la forma de diferenciación funcional y su coexistencia con mecanismos de delimitación de la exclusión que operan de un modo particular; porque, qué duda cabe, acá los gobiernos no han sido de leyes sino de hombres, *sean estos dictadores, caudillos o Presidentes*.

Ahora, si la clave para fortalecer al derecho, con facultades de operativizar las decisiones políticas residen precisamente en la clara diferenciación entre política y derecho, lo cierto es que, en la periferia de la sociedad, el sistema jurídico es el menos poderoso y no puede ejercer plenamente la facultad de operativizar políticas en una sociedad donde, por derecho, existe división real de poderes, aunque ésta en los hechos no funcione. De ahí que las formas de inclusión autoritaria o clientelar continúen reproduciendo las contradicciones sociales vía violencia política organizada, economía informal o abierta corrupción política, toda vez que devienen en sustitutos funcionales de la modernidad en la modernidad y se transforman en impedimentos estructurales para una auténtica diferenciación funcional y operativa en las democracias de la región.

Así, con una frágil y precaria institucionalidad; condición suficiente para que actúen y se impongan lógicas de coordinación caudillistas o autoritarias, las diversas formas de regímenes clientelares se continúan unas a otras en una sucesión casi impredecible y desconcertante, toda vez que al no estar asociados con una

²⁵ O'DONNELL G., *Delegative Democracy*, en *Journal of Democracy*, nº 5, 1997, p 16 ss.

²⁶ Idem *El Estado burocrático autoritario*. Triunfos, derrotas y crisis. Buenos Aires: Editorial Belgrano 1982.

forma de gobierno particular, pueden alternarse con regímenes cuasi democráticos y cuasi despóticos. Baste observar el caso de las recientes transiciones democráticas en el cono Sur, donde una de las máximas complicaciones está dada por la existencia del un poder dual; el autoritario (que disminuye ‘relativamente’) y el democrático (que tiende a incrementarse, también ‘relativamente’).

Entonces, establecer el problema del régimen político como el criterio exclusivo del desarrollo político, sin contar con la institucionalidad requerida para cristalizar dicho proceso, mas bien conduce a una teoría problemática de la institucionalización porque el aislamiento del sistema político del contexto social clientelar no es en sí suficiente. Las mismas instituciones deben ser despolitizadas, es decir, autonomizadas de intereses y poderes particulares, puesto que para institucionalizar una expectativa o consolidar la autonomía funcional de un sistema, es irreducible desvincular la comunicación de todo compromiso inmediato, de toda valoración, condición necesaria que posibilita crear el orden característico en la moderna sociedad. De lo contrario, los caminos políticos hacia la construcción institucional siempre conspiraran contra la formación de instituciones autónomas, ya sea bajo las dictaduras militares donde el Estado es colonizado por los intereses de los mismos militares, por sus aliados o por el caudillismo clientelar con su lógica líder – movimiento.

Sólo la constitucionalización del poder del Estado completa el proceso de desacoplamiento de las instituciones del Estado de fuerzas sociales particulares. Es sobre esta base que en las democracias consolidadas la ley tiene el consenso social suficiente y la institucionalidad requerida, de modo que se torna difícil, cuando no imposible, escapar de ella. De allí la importancia en insistir que cualquier forma de Estado autoritario no es soberana; el Estado soberano, en el sentido moderno del término, es el producto del establecimiento del imperio de la ley. A través de leyes generales el constitucionalismo elimina la pluralidad de privilegios medievales, ubicando al Estado como la institución política soberana.

Pero en América Latina, la ley es algo que el poderoso puede ignorar o manipular a sus anchas, situación que al normalizarse se convierte en expresión de la hipertrofia del sistema ya que bloquea la sensibilidad de los distintos subsistemas y reduce el poder de auto-inmunización del mismo. Resulta evidente entonces que si el constitucionalismo emancipa las instituciones de la lógica política, garantizando su coherencia y autonomía institucional, un Estado legalmente constituido no puede depender de la voluntad del partido, de los militares, de la Iglesia, los poderes fácticos o grupos corporativos, sino en las normas legales específicamente estipuladas que reaccionan, o impiden, la colonización e instrumentalización de su aparato administrativo por parte de fuerzas particulares.

En consecuencia, es errado ver al constitucionalismo como un mero mecanismo de limitación del poder estatal. El constitucionalismo, es decir, la autonomía e imperio del derecho, crea y organiza el poder del Estado, despolitizando la política a través de la juridificación. Eso es lo que constituye al Estado legal moderno y, en tal sentido, el constitucionalismo viene a fortalecer al Estado ya que lo constituye como una institución autónoma, separado de la miopía y el particularismo de fuerzas corporativas. Ya lo señalaba Schmitt: es el constitucionalismo quien da nacimiento al Estado legal moderno puesto que la juridificación del poder del Estado a través del derecho y la constitución del Estado como institución representan dos caras de la misma moneda.²⁷

Sólo la formación de un sistema institucional compatible con el grado de diferenciación social, característico de las modernas sociedades complejas, es capaz de establecer un complejo constitucional efectivo, cuya base supone la total autonomía del derecho, de la política, de la ciencia, de la religión, del arte etc.

Pero el bajo nivel en la construcción institucional de las sociedades latinoamericanas, íntimamente ligado a las formas asumidas en el proceso histórico de autoconstrucción de sus sociedades civiles y a la erosión de los acuerdos legales constitucionales por parte de formas populistas de autoentendimiento, imposibilitan tan operación.

Este déficit institucional, fuertemente conectado con la permanencia de formas políticas de auto-entendimiento que erosionan la autoridad del constitucionalismo como institución, propicia y se imbrica, a su vez, con el surgimiento de movimientos populistas o autoritarios que, a través de la instrumentación de propios mecanismos constitucionales, socavan la autoridad de la ley y del derecho.

De frente a la carencia de una efectiva complejidad constitucional, el derecho ha sido incapaz de cumplir sus funciones constitutivas o regulativas.²⁸ La juridificación ha tendido, más bien, a establecer un proceso de desarrollo no diferenciado, signado por las dramáticas crisis autoritarias y clientelares que siguen generando recurrentes cuellos de botella en la historia política y social de la región.

Con frágiles instituciones cognitivas y normativas, o en su ausencia, es imposible establecer y mantener los límites sistémicos, por lo tanto es lógico que las dinámicas del cambio social asuman la forma de caóticos choques entre lógicas sectoriales desordenadas y una creciente politización no mediada; debilidad que explica, en parte y aún bajo regímenes democráticos *funcionales*, la carencia de derechos con aplicación universal.

²⁷ Véase SCHMITT C. *Teoría de la Constitución*, Madrid: Alianza Universidad, 1982, p. 86.

Evidentemente, el éxito de las reglas y normas está intrínsecamente ligado a la institucionalización de un complejo constitucional efectivo, ya que en las sociedades modernas el principio de separación de poderes debe extenderse más allá de la estabilización del dualismo política / sociedad hacia un rol más comprensivo, que posibilite mantener y coordinar una pluralidad diferenciada de lógicas institucionales. De lo contrario, cuando la plausibilidad de cualquier reforma resulta *a priori* demasiado incierta, toda vez que el futuro también se torna incierto; las estrategias de cooperación devienen improbables porque las negociaciones se hacen cada vez más difíciles y engorrosas al no estar sustentadas en instituciones que delimiten y puedan realmente dar salida a acuerdos, potenciando el círculo vicioso de la coordinación corporativa.

En otras palabras, se requiere una clara conceptualización del papel del derecho y del constitucionalismo en la política de la consolidación democrática, para que los derechos fundamentales no sólo protejan al individuo del Estado; si no también posibiliten estructurar el ambiente de la burocracia en modo de consolidar al Estado como un subsistema de la política y hacer complejamente plausible una actividad de comunicación más eficaz e influyente, toda vez que la institucionalidad cognitiva-normativa adviene un vínculo capital del tejido democrático. Es decir, la institucionalidad referida a la estructura de los derechos, a las operaciones del sistema jurídico y a los aparatos que garantizan la reproducción sociocultural de la sociedad.

Pero al observar que las dificultades de afirmación de la democracia en el continente se hacen manifiestas las resistencias que se han sedimentado o estructurado en el paso de la estratificación a la diferenciación funcional y que han cobrado un peso significativo en el desarrollo de las delimitaciones territoriales realizadas con la formación de los estados nacionales en la región. Por esto, resulta problemático en sociedades periféricas orientadas por un orden centralizado, cuando la intervención de los sistemas periféricos por parte del sistema central corrompe la secuencia comunicativa, puesto que hace implausible la comprensión de una nueva comunicación ya que el sistema así intervenido no está motivado para *comprender*, sino tan sólo para *aceptar* la intervención impuesta. Precisamente, sustitutos funcionales como el autoritarismo o caudillismo han desarrollado funciones de corrupción comunicativa y de estabilización, en el sentido que vienen a reforzar los impedimentos a la diferenciación, estabilizando formas de desestabilización permanente de los códigos de funcionamiento en el sistema del derecho y de la política, los cuales alcanzan niveles de hipertrofia que serían, paradójicamente, inexplicables sin ellos.

Entonces, el desafío es potenciar al conjunto de estas instituciones diferenciadas, las cuales, no obstante su imperfección, mantengan a los actores al interior de las reglas del juego democrático. De lo contrario, lejos de lograr las

ansias metas de consolidación democrática y reforma del mercado, reactivaran el estéril patrón autoritario o clientelar.

No se trata tampoco de abogar sólo por la existencia de normas como fórmula mágica para resolver todos los problemas, ni tampoco, como de hecho sucede, valorar las reglas en sí mismas. A menos que concentremos nuestra atención en la cuestión ignorada de cómo hacer que el derecho funcione en las cosas más triviales, el estado de derecho nunca se consolidará en América Latina.

REFERÊNCIAS

ALBERTI G. *La Construcción de la Democracia en América Latina*, México DF: FLACSO ed., 1997.

BARALDI C. *Voz Diferenciación*, en CORSI G., ESPOSITO E., BARALDI C. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, México DF: Anthropos Editorial – Universidad Iberoamericana, 1996, p. 56-57.

BECK U. *Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Barcelona: Paidós Editorial, 1999, p. 219-221.

CARDUCCI M. *A aquisição problemática do constitucionalismo ibero-americano*. Passo Fundo: UPF Editora, 2003.

_____. *Por um direito constitucional altruísta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

CASTORIADIS C. *Qué democracia?* en *Figuras de lo pensable*. México DF: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 147.

LANGLEY L.D. *The Americas in the Age of Revolution 1750-1850*. New Haven: Yale University Press, 1996.

LEAL A. *El crepúsculo de la política*. Santiago del Chile: LOM Ediciones, 1996.

LECHNER N. *Tres formas de coordinación social*. *Revista de la CEPAL* n. 61, Santiago del Chile, 1997, p. 9 ss.

_____. *Los Patios Interiores de la Democracia. Subjetividad y Política*. México DF: Fondo de Cultura Económica.

LOVEMAN B. *The Constitution of Tyranny: Regimes of Exception in Spanish America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 1993.

LUHMANN N. *La política de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate, México: DF, Alemania Ed., 2001.

_____. Causalità nel Sud, en CORSI G., DE GIORGI R. *Ridescrivere la questione meridionale*, Lecce (Italia): Pensa Editore, 1998.

O'DONNELL G., Delegative Democracy. *Journal of Democracy*, n. 5, 1997, p 16 ss.

_____. *El Estado burocrático autoritario. Triunfos, derrotas y crisis*, Buenos Aires: Editorial Belgrano, 1982.

SCHMITT C. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Universidad, 1982, p.86.

A TEORIA CONTRATUAL E AS RELAÇÕES DE CONSUMO NA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL

THE THEORY OF CONTRACT AND THE CONSUMPTION RELATIONS IN THE CIVILIAN CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE

Jussara Suzi Assis Borges Nasser FERREIRA¹

Maria Christina de ALMEIDA²

RESUMO

A teoria dos contratos definida pelo individualismo evolui, especialmente, a partir do dirigismo contratual e conseqüente limitação da autonomia privada. A partir de então, com a intervenção estatal, os dogmas da liberdade e igualdade formal restaram relativizados em benefício do equilíbrio contratual. O contrato passa a ser informado por nova principiologia, sendo considerado como fenômeno da realidade social. As mais expressivas transformações são concretizadas no âmbito das relações de consumo. A busca da justa proporcionalidade entre as obrigações contratadas, assentada na justeza do pacto, conduz para a efetividade do contrato e a realização da justiça contratual.

Palavras-chave: Teoria dos contratos; intervenção estatal; relações de consumo.

ABSTRACT

The theory of contracts defined by the individualism evolves, especially from the intervention in contracts, and consequent limitation of private autonomy. From now on, with the state intervention, the freedom and formal equality dogmas had remained relativized in benefit of the contractual balance. The contract starts to be informed by new principles, being considered as the social

¹ Doutora em Direito pela PUC-SP. Advogada. Vice- Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília/ Unimar. Diretora da Faculdade de Direito da Universidade de Marília/ Unimar.

² Doutora em Direito pela UFPR. Advogada. Professora do Curso de Mestrado em Direito da UNIMAR. Professora de Direito Civil da Unibrasil. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família/IBDFAM – Seccional Paraná.

reality phenomenon. The most expressive transformations are materialized in the scope of the consumption relations. The search of a fair proportionality between the contracted obligations, set in the pact justice, leads to the effectiveness of the contract and the accomplishment of contractual justice.

Key-words: Theory of contracts; state intervention; consumption relations.

1. Apresentação do tema

Os institutos fundamentais do Direito Civil passaram por um esfacelamento de suas conceituações, a partir da nova ordem estatal instalada pelo Estado intervencionista do século XX.

Essa nova ordem axiológica e jurídica deixa para trás a idéia típica do Estado Liberal de que o legislador não deveria interferir nos objetivos a serem alcançados pelos indivíduos em seu tráfego jurídico, limitando-se a atividade legislativa a garantir a estabilidade e a previsibilidade das regras do jogo.

A decomposição conceitual que se constata nos institutos fundamentais do Direito Civil – família, sucessões, propriedade, contratos, há de ser associada, na visão de Gustavo Tepedino, à fragmentação das forças de poder político e do próprio Estado:

[...] o Estado liberal estava para o Código Civil (tido como verdadeira Constituição do direito privado, expressão monolítica de uma ordem de valores inquebrantável) assim como o Estado Social estará para uma intervenção cada vez mais presente em vários setores da economia e, em particular, para uma Constituição que o referenda, avocando a si – e este é um ponto fundamental para a compreensão dos diversos institutos que regem as relações privadas – as normas gerais relativas a praticamente todas as matérias que antes eram reguladas exclusivamente pelo Código Civil e pela autonomia da vontade.³

2. Concepção clássica da teoria contratual

No apogeu do individualismo, a teoria dos contratos adquiriu seus contornos, atendendo ao imperativo exigido pela ordem econômica da época, a qual requeria expediente hábil e seguro a propulsionar a circulação de riquezas.

³ TEPEDINO, Gustavo. As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual. In: _____. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro, Renovar, p. 221.

Arnoldo Wald adverte que poucos institutos sobreviveram por tanto tempo e se desenvolveram sob formas tão diversas como o contrato, adaptando-se a sociedades com estruturas e escalas de valores distintos, desde a Antigüidade, passando pela Idade Média, e chegando até as sociedades neocapitalistas de nossos dias⁴. De fato, erigiu-se este instituto como o mais importante instrumento de circulação de riquezas, verdadeira mola propulsora do incipiente capitalismo do século XIX.

Tendo o seu núcleo na manifestação livre de vontades, reflexo da autonomia privada, pretendeu-se anunciar o fim do contrato, após o advento do comunismo e o surgimento do Estado Social. Contudo, mesmo nos regimes socialistas mais severos, a vontade individual – embora sufocada – nunca deixou de existir e o contrato não perdeu a sua utilidade, passando, sem dúvida, por uma importante reestruturação.

Nessa perspectiva, bem asseverou Caio Mário da Silva Pereira:

[...] o mundo moderno é o mundo do contrato. E a vida moderna o é também, e em tão alta escala que, se fizesse abstração por um momento do fenômeno contratual na civilização do nosso tempo, a consequência seria a estagnação da vida social. O ‘homo aeconomicus’ estancaria as suas atividades. É o contrato que proporciona a subsistência de toda a gente. Sem ele, a vida individual regrediria, a atividade do homem limitar-se-ia aos momentos primários”⁵.

A concepção de equanimidade das partes fez sólida a idéia de que a manifestação de vontade dessas era o suficiente para construir a avença e torná-la obrigatória. O indivíduo era onipotente, contratava com quem quisesse sobre o que bem entendesse, a ele cabendo ditar o conteúdo do ajuste, sua forma de celebração, de cumprimento, sendo que ao Estado não cabia a interferência nos negócios de natureza particular. Era a autonomia da vontade manifestada em toda a sua extensão.

O dogma da autonomia da vontade reconhecia em favor das partes o poder de criar preceitos vinculantes, regendo a relação obrigacional singular. Assim, a vontade reinava como soberana, estabelecendo o próprio direito, sendo certo que a autonomia das partes apenas estava restrita aos limites da ordem pública e aos bons costumes.⁶

⁴ WALD, Arnoldo. O contrato: passado, presente e futuro. *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*. Rio de Janeiro, Ano IV, n. 8, 1º semestre de 2000.

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 4-5. v. III.

⁶ STIGLITZ, Rúben. *Autonomía de la Voluntad y Revisión del Contrato*. Buenos Aires : Delpama, 1992, p. 17.

Uma vez dada a palavra, assumido o compromisso, obrigatório restava o vínculo em toda a sua extensão. O contrato se fazia lei entre as partes e a manifestação de vontade vinculava os contraentes às obrigações assumidas. Nesse viés, a obrigatoriedade era colocada como elemento essencial à validade e segurança dos contratos, como garantidora da estabilidade das relações negociais privadas. Tratava-se da inderrogável força obrigatória dos contratos.

Nesse contexto, o individualismo não admitia a revisão do contrato, visto que este era resultante de um acordo entre iguais e livres. Logo, o acordo somente era factível de ser modificado com o consenso das partes, mediante a realização de outro contrato.

Destaque-se, outrossim, que o contrato jamais poderia ser considerado injusto para uma das partes, posto que o único limite existente na formalização do acordo era a própria liberdade de contratar. Portanto, presumia-se, que aquele que contratava, o fazia por sua livre e espontânea vontade, sendo impossível que o contrato trouxesse, em sua essência, a injustiça.

Destarte, a imposição de qualquer limite que se propusesse a proteger o sujeito portador de uma inferioridade contratual, decorrente de sua condição econômica e social, era absolutamente vedado, sob o fundamento de as partes estarem sempre em condições de igualdade – frise-se de uma igualdade formal, conquista inquestionável da Revolução Francesa, cujos riscos e resultados eram atribuídos à liberdade individual.⁷

Tal ordem de idéias era própria do Estado Liberal, defendendo-se não ser função do Estado a intervenção na atividade econômica privada, pois, se assim o fosse, estar-se-ia comprometendo o equilíbrio contratual estabelecido pela vontade autônoma das partes e, como consequência direta, deflagrar-se-ia a injustiça contratual. A única intervenção admitida seria a do juiz, a fim de compelir o cumprimento da avença firmada entre as partes.⁸

Nesse viés, é de se entender que o ordenamento jurídico possuía somente caráter complementar ao contrato, cuja função se restringia especificamente ao dever de estabelecer normas interpretativas que viessem a suprir as lacunas existentes, a fim de que fosse traduzida a vontade implícita, mas não expressa, das partes. Isso porque, conforme afirma Stiglitz⁹, o individualismo consagra a preeminência

⁷ TEPEDINO, Gustavo. As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual. In _____. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 221, p. 220.

⁸ Rubén STIGLITZ destaca: “[...] la voluntad no debe limitarse más que por motivos imperiosos de orden público, y que tales restricciones deben reducirse a su mínima expresión, ya que los intereses privados, libremente discutidos, concurdan con el bienestar público, y que del contrato no puede surgir injusticia alguna, dado que las obligaciones son asumidas libremente” (STIGLITZ, *Op. cit.*, p. 19).

⁹ STIGLITZ, citando o entendimento de Demogue diz: “[...] la teoría de la autonomía fundada sobre el respeto de la voluntad real corresponde a lo que enuncia como ‘sentimiento de la seguridad estática’, en tanto suministra a la ‘liberdad’ garantías incontestables. Y la seguridad está dada por el principio de inmutabilidad de la palabra empeñada.” (STIGLITZ, *Op. cit.*, p. 20)

do valor “segurança” sobre o de “justiça contratual”, sendo que a segurança seria assegurada pelo princípio da imutabilidade da palavra empenhada pelas partes.

A liberdade de contratar e a livre manifestação da vontade redundavam na justiça contratual, por força da pressuposição de que as partes encontravam-se em condições de igualdade jurídica. Assim, independentemente da diversidade das classes sociais, os contratantes eram considerados juridicamente iguais e livres para decidir pela contratação ou não, e ainda determinar os termos e conteúdo do contrato.

Não se há de negar que os liberais apregoavam toda essa teoria acreditando que, na celebração dos ajustes, as partes estavam em condições de igualdade e que a equanimidade de relação era automática, sendo decorrente da ampla e total liberdade de contratar.¹⁰

Conclui-se, pois, que a liberdade contratual e a igualdade formal não eram, apenas, pressupostos da concepção liberal do contrato, mas, ao contrário, constituíam o interesse direto da classe burguesa, detentora dos meios de produção, representando, assim, a ideologia fundamental do instrumento funcionalizado de operar o modo de produção capitalista.

3. A Relativização dos elementos contratuais clássicos

Com o passar do tempo e na medida em que as relações socioeconômicas e de consumo tornaram-se mais complexas, surgiram limitações à liberdade de contratar. Essa transformação se justificou porque o contrato deixou de ser um ato cujo interesse se restringe apenas e tão somente às partes contratantes, transformando-se, pois, em instrumento que traduz o momento político, econômico e social em que é celebrado.

Tal como concebido pelos juristas influenciados pelas idéias individualistas do século XIX, a justiça estaria assentada nos princípios da ampla “liberdade

¹⁰ São elucidativas as palavras de Enzo Roppo: “Neste sistema, fundado na mais ampla liberdade de contratar, não havia lugar para a questão da intrínseca igualdade, da justiça substancial das operações econômicas de vez em quando realizadas sob a forma contratual. Considerava-se e afirmava-se, de facto, que a justiça da relação era automaticamente assegurada pelo facto de o conteúdo deste corresponder à vontade livre dos contraentes, que, espontânea e conscientemente, o determinavam num plano de recíproca igualdade jurídica (dado que as revoluções burguesas, e as sociedades liberais nascidas destas, tinham abolido os privilégios e as discriminações legais que o caracterizavam os ordenamentos em muitos aspectos semifeudais do ‘antigo regime’ afirmando a paridade de todos os cidadãos perante a lei): justamente nesta igualdade de posições jurídico-formais entre os contraentes consistia a garantia de que as trocas, não viciadas na origem pela presença de disparidades nos poderes, nas prerrogativas, nas capacidades legais atribuídas a cada um deles, respeitavam plenamente os cânones da justiça comutativa. Liberdade de contratar e igualdade formal das partes eram portanto os pilares – que se complementavam reciprocamente – sobre os quais formava a asserção peremptória, segundo a qual dizer ‘contratual’ equivale dizer ‘justo (‘qui di contractuel dit juste’)” (sic) (ROPPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 35).

contratual e da igualdade formal das partes contratantes”. Todavia, desconsiderava-se que tal isonomia era apenas aparente.

Após as duas grandes guerras, tais desigualdades tornaram-se cada vez mais nítidas, e os Estados passaram a intervir no âmbito da autonomia privada para tentar reequilibrar os *pratos da balança negocial*, caracterizando o processo denominado pela doutrina civilista de *dirigismo contratual*.¹¹

Destarte, seria inconcebível imaginar, no atual contexto econômico e social, uma figura contratual em que todo o conteúdo do negócio fosse ditado apenas por uma das partes, ou que demandasse, para a sua validade, a anuência dos órgãos governamentais. Por força desta mudança de rumos, sob a influência de idéias solidaristas, as legislações foram levadas ao *dirigismo contratual* para proteger o indivíduo econômica e socialmente mais fraco.¹²

Tal ingerência estatal, traduzida por normas, de ordem pública, condicionadoras do direito de contratar, foi fruto da necessidade de se impor limites aos organismos empresariais economicamente fortes, cuja situação na relação contratual, por si só, desequilibraria a balança de interesses, em detrimento da outra parte contratante.

Com efeito, enquanto absoluta a idéia do liberalismo puro, tinha-se como dogma a *igualdade dos contratantes*, ligado umbilicalmente à *liberdade de contratar*. Ocorre, pois, que as condições sócio-econômicas pós-liberais acabaram por demonstrar a irrealidade de tais dogmas, sobretudo pela notória diferença social e econômica entre os contratantes¹³.

Nesse rumo, é forçoso reconhecer que o *dirigismo contratual* da segunda metade do século XX alterou profundamente a feição do direito

¹¹ Orlando Gomes, com clareza que lhe é peculiar diz: “a suposição de que a igualdade formal dos indivíduos asseguraria o equilíbrio entre os contratantes, fosse qual fosse a sua condição social, foi desacreditada na vida real. O desequilíbrio tornou-se patente, principalmente no contrato de trabalho, gerando insatisfação e provocando tratamento legal completamente diferente, o qual leva em consideração a desigualdade das partes. A interferência do Estado na vida econômica implicou, por sua vez, a limitação legal da liberdade de contratar e o encolhimento da esfera da autonomia privada, passando a sofrer crescentes cortes, sobre todas, a liberdade de determinar o conteúdo da relação contratual. A crescente complexidade da vida social exigiu, para amplos setores, nova técnica de contratação, simplificando-se o processo de formação, como sucedeu visivelmente nos contratos em massa, e se acentuando o fenômeno da despersonalização.” (GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 7)

¹² “En consecuencia, si la libertad contractual conviene a la economía liberal, habremos de concluir que el Estado debe acentuar sus controles para evitar que la ‘libertad’ engendre opresión. O, en otras palabras, el control, o la intervención del Estado, fundado em consideraciones sociales o sí, quiere, humanizantes o solidaristas, se transforma em una exigencia de paz social, pues lo otro, la llamada ‘libertad contractual’, significa descontrol, desigualdad, anarquía, injusticia, desorden. (STIGLITZ, Rubén. *op. cit.*, p. 40).

¹³ “El postulado de la libertad absoluta es dementido por la simple observación del hecho que le individuo, al vivir en sociedad, convive. Y si convive, requiere que sus necesarias relaciones sociales se desenvuelvan en un marco de interdependencia. A su turno, el principio de igualdad es irreal. Es una ficción ignorar la existencia de confrontación entre empleadores y trabajadores; propietarios y locatarios; predisponentes y adherentes; profesionales y profanos; aprovechadores y necesitados; empresa y consumidor. Al Cabo, sería negar a existencia del débil “(STIGLITZ, Rubén. *Op. cit.*, p. 24).

contratual, mudando, até mesmo, o eixo interpretativo do contrato, que passou a ser, não mais o instrumento de opressão do mais forte contra o mais fraco, mas sim, a oportunidade para a manifestação da verdadeira vontade das partes contratantes.

Tal fenômeno, todavia, não poderia significar, a aniquilação da vontade individual, da autonomia privada, ou ainda a decadência do próprio contrato¹⁴. Na realidade, com a intervenção estatal, os dogmas da autonomia da vontade e da liberdade de contratar restaram relativizados em benefício do equilíbrio contratual, ou seja, a autonomia da vontade e a liberdade são valores presentes na ordem contratual, contudo, não da forma vislumbrada na concepção liberal do contrato.

Diante de tal contexto, o Estado passou a ditar normas, a impor o conteúdo de certos contratos e a proibir a introdução de certas cláusulas, a fim de resguardar o equilíbrio contratual.¹⁵

Nesse contexto, destaca-se a boa-fé objetiva representado o princípio que veio reorientar as relações patrimoniais estabelecidas em contrato. A boa-fé objetiva revela-se como dever de cooperação e de lealdade entre as partes contratantes, de respeito às expectativas criadas, da satisfação de interesses recíprocos, da manutenção do equilíbrio contratual, o que no entendimento de Cláudia Lima Marques, traduz-se no seguinte pensamento:

Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação ‘refletida’, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando os 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 objetivos das partes.¹⁶

Na visão da autora, o princípio da boa-fé objetiva possui dupla função na nova teoria contratual: (1) a primeira reflete-se na fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os chamados deveres anexos e (2) a segunda função representa causa limitadora do exercício dos direitos subjetivos.¹⁷ Assim,

¹⁴ Nesse sentido, o pensamento de Morin, Duguit, Savatier, Josserand, Ripert, dentre outros.

¹⁵ “Três modificações no regime jurídico do contrato revelam outras tantas tentativas para a correção do desequilíbrio. A primeira consistiu da promulgação de grande número de leis de proteção à categoria de indivíduos mais fracos econômica e socialmente, compensando-lhes a inferioridade com uma superioridade jurídica. A segunda patenteia-se na legislação de apoio aos grupos organizados, como sindicatos, para enfrentar em pé de igualdade o contratante mais forte. A terceira, no dirigismo contratual, exercido pelo Estado através de leis que impõem pô proibem certo conteúdo de determinados contratos, ou sujeitam sua conclusão ou sua eficácia a uma autorização de poder político.” (GOMES, Orlando. *Op.cit.*, p. 8).

¹⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 107.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 106.

não basta que a parte contratante não prejudique a contraparte. Faz-se necessária a colaboração com a outra parte, desde que não prejudique a si própria de forma tal que o benefício contraposto desnature a função mesma do vínculo.

O resguardo constitucional ao princípio da boa-fé como dever de cooperação não significa o fim da autonomia da vontade, mas ao contrário, traz a necessidade de uma nova sistemática de interpretação das relações patrimoniais, no sentido de funcionalizá-las a valores existenciais, segundo os quais, o mais importante é o ser, e não o ter.¹⁸

Destarte, o princípio da boa-fé possui função fundamental na nova concepção da teoria contratual e, consoante “vocação solidarista da Constituição, tem papel substitutivo no âmbito contratual, antes ocupado pela vontade dos contratantes”.¹⁹

O dever de agir de acordo com a boa-fé está presente em todas as fases da vida do contrato²⁰. Manifesta-se, pois, nas negociações que precedem o contrato, resultando da sua violação a responsabilidade pré-contratual, na execução do contrato e, inclusive, após a extinção do mesmo, representado pelo momento pós-eficaz do contrato cumprido.²¹

¹⁸ NEGREIROS, Tereza. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do Princípio da Boa-fé*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 257. “ A exigência de justiça, imposta como um dos objetivos da ordem econômica expressa o fenômeno da ‘socialização do direito privado’, que impede que as relações intersubjetivas possam ser compreendidas em si mesmas, sem uma contextualização sistemática e, especificamente, constitucional. A dignidade da pessoa humana aparece, neste contexto, como princípio unificante, razão e fim do Estado, e que, desde suas referências normativas mais remotas, vem ligada à idéia de respeito e solidariedade entre os homens, assim tornados pessoas – ‘Todos os seres humano nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e consciência devem agir uns para os outros em espírito de fraternidade’ -; em espírito , poder-se-ia complementar, a boa-fé.”

¹⁹ NALIN, Paulo. *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno – Em busca de sua Formulação na Perspectiva Civil-Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 138. Conveniente transcrever a posição completa do autor: “A vontade dos contratantes, até porque argumento contrário seria irreal, não mais está no âmago do contrato. Tal espaço é preenchido pela boa-fé contratual. É bem verdade que o elemento volitivo do contrato mostra-se mais forte, na inversa vulnerabilidade de uma das partes envolvidas na relação. Ou seja, quanto maior fora a equivalência de forças na relação, maior também será a autonomia de contratar; por outro lado, quanto maior o distanciamento sócio-econômico entre as partes, mais arraigado será o preenchimento da boa-fé no espaço do contrato, servindo ele de termômetro da legalidade das obrigações assumidas e parâmetro para se dosar a auto-responsabilidade do contratante mais forte. Nesse balanço do mercado entra o julgador para, histórica e contextualmente, preencher a cláusula geral da boa-fé, medindo as forças dos contratantes e peculiaridades do negócio.”

²⁰ Dispõe o artigo 4º do CDC: “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo a atendimento das necessidades dos consumidores, a respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...]”

III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais funda a ordem econômica, **sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidor e fornecedores.**”(grifos nossos)

²¹ O Código Civil de 2002 consagrou expressamente o princípio da boa-fé, em seu Artigo 421, que diz: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”

Assim, há que se concluir que o princípio da boa-fé objetiva é elemento essencial da teoria contratual, na medida em que atua como limitador da autonomia da vontade e impõe às partes o dever recíproco de ação e conduta de cooperação e lealdade. Portanto, não é suficiente ter boa-fé. É imprescindível agir conforme a boa-fé.

4. A nova teoria contratual e as relações de consumo

Desde os primórdios da sociabilidade humana, os indivíduos vêm estabelecendo relações entre si a fim de atender suas necessidades de consumo. Inicialmente, através do sistema de trocas²², após, pelo surgimento da moeda, e posteriormente, pela consolidação do mercado, vindo a evoluir e a impor necessidades econômicas e sociais, principalmente no que tange à sua regulamentação.

As relações de consumo, como qualquer fenômeno social, impuseram a necessidade de regulamentação jurídica e, por terem se manifestado de modo mais incisivo quando do apogeu do liberalismo, passaram a ser regidas pelas idéias contratuais então em desenvolvimento, alicerçadas no ideal de autonomia da vontade e obrigatoriedade do vínculo, advindo da clássica teoria dos contratos.

O indivíduo manifestava-se como contratante e tinha que se manter como tal, honrando o compromisso assumido, independentemente de qualquer outro aspecto que porventura surgisse. Era o ideal liberal norteando a atividade da contratação em todas as searas. Não se considerava nada além do expresso consentimento dos contratantes para que se tivesse por perfeito o vínculo. Assim, a vontade humana era considerada como núcleo da relação jurídica contratual, tendo a lei mera finalidade de fazer valer as disposições estipuladas.

Mas o decurso dos séculos deflagrou vários movimentos sociais, políticos e econômicos e os mercados se desenvolveram, dando espaço ao surgimento de um mercado diferenciado: o mercado de consumo.

Com o final da Segunda Grande Guerra e surgimento das grandes potências mundiais, EUA e URSS, e com a consolidação do mundo polarizado e deflagração da Guerra Fria, o capitalismo alcançou o seu apogeu. As relações negociais incrementaram-se e especializaram-se, as relações de consumo se diferenciaram nesse contexto, passando a requerer uma regulamentação que atendesse às suas peculiaridades. Emerge, então, a preocupação com a teoria dos contratos, tal como desenvolvida à época do ideal liberal.

²² No sistema de trocas, cada qual das partes entregava à outra o objeto que não lhe era de interesse, obtendo o que lhe interessava, sem nada mais terem a reclamar, sendo considerado concluído o negócio. A paridade se demonstrava no interesse e na satisfação mútua.

A impulsão nos negócios e o crescimento exacerbado do consumo propiciada pelo capitalismo aflorante em todos os meios, asseverado pela derrocada do socialismo e a dissolução do bloco soviético, deu lugar à aplicação de uma nova exegese à tradicional teoria contratual, passando-se a questionar quais os reais limites dos até então inatacáveis princípios da autonomia da vontade e da obrigatoriedade (*pacta sunt servanda*).

As relações de consumo passaram a ser alvo de um novo enfoque, agora voltado à percepção das particularidades atinentes a essa modalidade de contratação, consistentes, principalmente, no desequilíbrio natural existente entre as partes contratantes, deflagradores de um pólo hipossuficiente em detrimento de um hipersuficiente.

A superveniência da nova teoria contratual revelou a necessidade do questionamento do que vem a ser realmente o livre consentimento perfazedor do vínculo contratual válido. É o surgimento da teoria da vontade racional, preconizada por Charbin²³, segundo a qual a autonomia da vontade só se manifesta de modo válido se o consentimento for realmente autônomo, surgido de uma relação que se demonstre paritária a partir da situação das suas partes.

A conscientização acerca da desigualdade entre as partes da relação de consumo – consumidor e fornecedor – desloca o ponto de enfoque para o questionamento acerca da abrangência dos princípios da autonomia da vontade e da obrigatoriedade. As partes continuam sendo livres para pactuar o que lhes aprouver e o contrato não perde o seu caráter de obrigatório; apenas a ordem pública se exalta com a finalidade de assegurar eficácia à atividade contratual.

Passa-se a uma evolução do conceito e dos princípios contratuais, cedendo espaço para a instrumentalização social do contrato, erigida a partir da segurança de paridade entre as partes contratantes, real cerne da manifestação de suas vontades.

Nesse rumo, percebe-se uma inadequação entre o conceito clássico de contrato e a realidade do século XX. O fortalecimento da sociedade de consumo, caracterizada por um número crescente de produtos e serviços, traz à tona a impossibilidade de integrar os princípios e as normas contratuais tradicionais com o novo contexto de contratação, em voga na sociedade de consumo. A percepção de que a paridade não pode ser presumida nessas relações, como o era na contratação tradicional, fez surgir a nova concepção social do contrato, pela qual não importa apenas a manifestação de vontade das partes, mas, também, os efeitos do contrato na sociedade.

²³ Nicole Charbin, *apud* MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 108.

Em busca do equilíbrio, a lei limita a autonomia da vontade, sendo suplantada a hegemonia desta em função do interesse social. Permanecem os conceitos tradicionais, todavia normas imperativas regulam as relações regidas pelo Código de Defesa do Consumidor. Contratar continua sendo um ato de autonomia privada, contudo, realizado conforme disposições legais, as quais passam a impor uma atuação racional, medida, refletida, tendo em vista a posição do outro pólo da relação contratual.

Verifica-se um embate entre a equidade, a segurança, a boa-fé e a autonomia volitiva irrestrita, optando-se, na linha da nova teoria contratual, por se definir uma noção de equilíbrio mínimo, valorizando-se o sinalagma, a justa proporcionalidade, a comutatividade inerente à própria atividade contratual de consumo.

A intervenção do Estado na seara das relações individuais encontrou muitos percalços e barreiras. Porém, frente à sociedade de consumo de massa e suas peculiaridades²⁴, concluiu-se pela necessidade de um parcial cerceamento da liberdade dos contraentes, o que veio a reduzir a até então irrestrita aplicabilidade dos basilares princípios da liberdade e da autonomia das partes no ato da contratação. Delinearam-se, pois, os contornos de uma teoria contratual mais condizente com a nova realidade insurgente, alicerçada ainda na principiologia da teoria contratual tradicional. Contudo, com um enfoque hermenêutico e exegético voltado para o real estabelecimento de uma igualdade entre os contratantes, consumidor e fornecedor, equilibram-se os elementos das já reconhecidas hipo e hipersuficiência desses.

Nascendo o contrato da iniciativa de duas ou mais partes em estabelecer uma relação de natureza juridicamente obrigatória, mister é que tal relação mostre-se consoante com o escopo precípua do Direito, qual seja, de coordenar, lícita e legitimamente, os interesses de todos aqueles que buscam o agir conforme os seus ditames, destinando ordem ao contexto social. Partes que desejam negociar invocam a figura do contrato, um meio pelo qual se constitui, modifica ou extingue obrigações de caráter patrimonial, daí a necessidade de tal meio ser eficaz.

A eficácia do contrato vincula-se ao atendimento das pretensões de partes que o celebram, sendo certo que a satisfação não se vincula somente à declaração de vontade dessas mesmas partes contraentes. Verificando-se a hipossuficiência de um dos pólos da relação contratual, como se acentua na seara das relações de consumo, tem-se em mente que o homem se obriga na medida em que é livre,

²⁴ Cláudia Lima Marques elenca muitas dessas peculiaridades, advindas das modificações deflagradas nos mecanismos de produção e distribuição de produtos, dentre as quais se ressaltam os contratos de massa, por adesão, as cláusulas e condições gerais dos contratos, os contratos cativos de longa duração, estes intitulados pelo Prof. Ronaldo Porto Macedo Jr. como contratos relacionais.

que a força obrigatória advém do poder de escolha, que a obrigação jurídica nasce do consentimento livremente dado.

Numa relação de natureza consumerista, muitas vezes, o adquirente de bens ou serviços tem como única opção para satisfação das suas necessidades de natureza material a celebração de um ajuste nas condições impostas pelo fornecedor, denotando-se, claramente, a inexistência de liberdade contratual e ainda uma liberdade de contratar flagrantemente deturpada²⁵.

A constatação da desigualdade entre as partes contratantes em relações de consumo ensejou a necessidade de uma participação estatal mais incisiva no cerne das relações contratuais, com o objetivo de diminuir a discrepância existente entre as partes por meio de ditames refletores do intuito de fazer valer a igualdade dinâmica, isto é, o tratamento desigual dos desiguais, equilibrando, de conseguinte, a relação contratual estabelecida.

A intervenção na formação dos instrumentos de contrato não representa uma supressão imediata da autonomia da vontade, mas sim um meio de que realmente tal princípio reine equitativamente entre as partes contratantes. A submissão destas, depois de formalizada a avença e durante a formação do instrumento contratual, não significa necessariamente um rechaçar do conceito do contrato enquanto forma livre de negociação entre particulares. A submissão a tais organismos é consequência da necessidade de fornecer resguardo àqueles que contratam.

Assim se reporta Carlos Alberto Bittar acerca do conceito atual do contrato, afirmando que

[...] isso tudo significa que, mesmo com as ingerências referidas e à luz das relações particulares citadas, persiste sendo o contrato, estrutural e funcionalmente, conceito real e útil no plano jurídico, pois preenche, em matéria de obrigações, uma das fontes reconhecidas desde os tempos primitivos, em razão da própria natureza humana e do sentido dos ajustes negociais [...]. Com isso, permanece intacta a essência do conceito, cabendo à liberdade de vinculação, de regra, a definitiva inserção da parte em qualquer negociação privada, com as ressalvas indicadas, que não lhe retiram. No entanto, a existência e a influência no plano obrigacional, mesmo nos casos de simples adesão²⁶

²⁵ Orlando Gomes, em sua obra *Contratos* (Rio de Janeiro: Forense, 1997) faz a distinção entre liberdade contratual e liberdade de contratar, definindo a primeira como sendo a liberdade dos indivíduos avençarem negócio jurídico e a segunda como a liberdade dos contratantes estipularem o conteúdo do ajuste.

²⁶BITTAR, Carlos Alberto. *Direito dos Contratos e dos Atos Unilaterais*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 42.

A simplicidade da contratação da era do Direito Romano, em que a regulamentação máxima era a *pacta sunt servanda* e não havia explícitas restrições à celebração de contratos (explícitas porque no dizer de Orlando Gomes²⁷, a ordem pública e os bons costumes sempre representaram limitações à atuação dos particulares), não se adequam à realidade sócio-econômica contemporânea, mapeada pela ordem civil-constitucional.

O modelo de dois particulares declararem suas vontades e isso ser o suficiente para vinculá-los milimetricamente ao que pactuaram não se demonstra aceitável devido à notável evolução dos elementos econômicos da contemporaneidade. A formalização e a instituição de prerrogativas e garantias são decorrentes da complexidade das relações construídas sob o manto da prática contratual, o que compele o Estado Social Democrático, revelado pela Constituição Federal de 1988, enquanto titular do dever de assegurar a ordem jurídico-social, a intervir em tal seara do direito privado, almejando preservar o *bonum commune*, finalidade última do Direito²⁸.

A plena eficácia da atividade contratual, tão almejada por aqueles que dela fazem uso, torna-se utópica ou, até mesmo, dificultada em razão da persistência em se afirmar o dever de prevalectimento do concurso direto das vontades livres e soberanas daqueles que contratam, o respeito à autonomia da vontade enquanto resguardo concreto do individualismo; sendo precípua clamar pela observação do real alcance de tais assertivas, para que não se confunda a liberdade de contratar com a liberdade contratual, para que se consagre em cada mente defensora da liberdade, enquanto ausência de restrições, que o intento das partes jamais será atingido, se não reinar a equidade no sopesar das forças impostas aos seus objetivos.

Se a liberdade jurídica não pode ter o mesmo sentido da liberdade filosófica, o progresso do direito, ora representado pela legislação específica de proteção e defesa do consumidor, ao menos consiste em aproximá-las, o máximo possível. Seria obviamente ilógico que a tal aclamada liberdade de atuação pudesse servir de justificativa à vontade que se exerce de modo imoral e alberga a exploração escandalosa de um contratante em detrimento de outro. Não há justiça no contrato se existe o desequilíbrio entre as partes. De outra banda, é evidente que consolidan-

²⁷GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 24. “A liberdade de contratar, propriamente dita, jamais foi ilimitada. Duas limitações de caráter geral sempre confinaram-na: a ordem pública e os bons costumes. Entendia-se como ainda se pensa, que as pessoas podem regular seus interesses pelo modo que lhes convenha, contando que não transponham esses limites”.

²⁸PAUPERIO, A. Machado. *Teoria Geral do Estado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 21. “Aliás, como ensina também Fleiner, o Direito público e o Direito Privado não se acham separados por um abismo. Pelo contrário, cada vez mais a interpenetração dos dois direitos se torna maior. Se o estado evolue à luz dos imperativos do direito privado, este sofre, por seu turno, indistigável influxo do Direito Público, que passa a presidir, cada vez mais, a maior número de relações jurídicas”.

do-se a injustiça, padece o próprio contrato, eis que impossibilitado de atingir o fim para o qual foi criado e desenvolvido.

No âmbito da contratação de consumo, não mais se pode defender a autonomia da vontade e a obrigatoriedade como ícones irrestritos, quando da celebração da avença. A ordem pública se exalta para determinar restrições imperativas, como no caso das cláusulas de conteúdo abusivo e, até mesmo, inserção de cláusulas necessárias no contrato em celebração. Limita-se a autonomia da vontade para permitir que as vontades realmente se manifestem de forma equitativa e paritária.

A liberdade passa a ser vista como substrato do contrato, apenas na medida em que proporciona a justiça nas convenções. A obrigatoriedade resulta simplesmente da função prática do contrato, restando condicionada ao equilíbrio do ajuste e não mais apenas à manutenção das condições contextuais à época da avença.

A própria elaboração do contrato de relação de consumo passa por modificações. A formação do ajuste passa a ser alvo de proteção, sendo estipulados deveres para o fornecedor e direitos para o consumidor, partindo do princípio da boa-fé objetiva²⁹, o qual desdobra-se nos sub-princípios da transparência, pelos quais a lealdade deve se fazer presente desde o momento pré-contratual, e da confiança, que estabelece que cada uma das partes deve se fazer consciente da expectativa que gera em cada outra, respondendo por aquela, de forma a se imprimir segurança ao vínculo contratual.

O contrato se assume como fenômeno da realidade social, criado a fim de possibilitar e regulamentar o movimento de riquezas dentro da sociedade. A nova teoria contratual lança os elementos dos contratos, conforme a atual realidade social, da qual o Código de Proteção e Defesa do Consumidor é consequência direta. Afinal, para que a justiça resulte da confrontação de duas liberdades, como ocorre na contratação, é necessário ter como postulado a igualdade dos sujeitos, é necessário que estes estejam no mesmo patamar de liberdade.

²⁹Em face de sua importância perante o exercer de qualquer atividade relacionada à ciência jurídica, a boa-fé encontra resguardo perante a legislação. Representa a certeza de que a situação jurídica a se desenvolver sob o seu reflexo é dotada de credibilidade e validade perante o ordenamento no qual se insere. No caso de um contrato, a boa-fé é princípio inafastável da sua consideração enquanto instrumento destinado a constituir, modificar ou extinguir obrigações, vez que não se apresentar como existente e norteadora das ações dos contraentes, deflagra-se uma opressão, uma superposição de interesses e suas respectivas concretizações de uma parte em detrimento dos prejuízos causados a outra. A má-fé dá cabo à autonomia da vontade, suprime a volitividade inicial da contratação nos termos objetivados pelo contraente prejudicado, vicia o instrumento contratual, delineando a sua nulidade para a consecução dos fins aos quais demonstrava destino, em virtude da impossibilidade de se admitir que um instituto criado para sopesar e garantir uma relação jurídica satisfatória a suas partes constituintes seja voltada para a preponderância de individualismos exacerbados representantes de supressão imediata da paridade essencial à constituição de um contrato, independentemente da sua natureza.

O desequilíbrio natural existe. O fornecedor tem mais poder que o consumidor, porém, havia de ser encontrado um meio de equiparar as duas partes da relação de consumo, e a fórmula aplicada pelo Código de Defesa do Consumidor foi a imposição de certas obrigações não previstas pelas partes, mas que vêm a garantir a justiça na avença.

Assim, o contrato que resulte em desequilíbrio entre as partes resta condenado, posto que injusto. Consagrar a exploração do fraco pelo forte, sancionando a execução de uma convenção injusta, contradiz o senso moral mais elementar. A inequivalência repercute sobre toda a coletividade, agravando as desigualdades sociais e perturbando a ordem econômica.

5. Considerações finais

A teoria contratual sofreu inúmeras transformações em sua interpretação doutrinária a fim de se adequar às novas exigências sociais. O contrato se socializa com o fito de propiciar aos contratantes a consecução dos objetivos intentados desde os primórdios da atividade contratual: a segurança, o que só se atinge com o pleno equilíbrio entre as partes concretizadoras do vínculo.

Parte-se de quatro premissas constituintes das vigas mestras do novo pensamento que vem se consolidando acerca das normas e princípios que regem a nova contratação: (1) limitação da liberdade contratual através do dirigismo, renascendo o formalismo para assegurar justiça e segurança ao contrato; (2) relativização da obrigatoriedade, viabilizando, assim, a modificação do conteúdo do contrato; (3) proteção e segurança e dos interesses legítimos, primados pela boa-fé contratual, assegurando a confiança no vínculo e na prestação; (4) busca da justa proporcionalidade entre as obrigações contratadas, assentada na comutatividade e na justiça do sinalagma.

Entende-se, assim, que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor representa, concretamente, resposta à crise social, decorrente da irrealidade apreendida pelas idéias absolutistas da concepção liberal do contrato.

Assim, a superveniência desse microsistema resultou na imposição de uma nova ética à realidade contratual de consumo, representada pela harmonia, boa-fé e equilíbrio nas relações contratuais. O contrato não deve ser um campo de batalhas entre as partes, mas, sim, de cooperação, a fim de alcançar a satisfação dos interesses de ambas as partes.

Em tempos pós-modernos, surge uma nova realidade contratual em que ocorre uma renovação de valores. Na atual concepção, a dignidade humana passa a estar no ápice do sistema normativo, sendo incontroverso a efetivação do ser, e não do ter, atrelados à realização da justiça contratual, a qual baseia-se na equivalência econômica, na boa-fé objetiva e na comutatividade, sendo certo que a segu-

rança jurídica se situa na condição de poderem os contratantes cumprir com as suas respectivas obrigações sem abusos, excessos e desequilíbrio.³⁰

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito dos Contratos e dos Atos Unilaterais*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

NALIN, Paulo. *Do contrato: Conceito Pós-Moderno - Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001.

NEGREIROS, Tereza. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do Princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

PAUPERIO, A. Machado. *Teoria geral do estado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.v. III.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra : Almedina, 1998.

STIGLITZ, Rúben. *Autonomia de la Voluntad y Revision del Contrato*. Buenos Aires: Delpama, 1992.

TEPEDINO, Gustavo. As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual. In _____. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 217-237.

WALD, Arnoldo. O contrato: passado, presente e futuro. *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*. Rio de Janeiro, Ano IV, n. 08, 2000.

³⁰ NALIN, Paulo. *Do contrato: Conceito Pós-Moderno - Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 142.

GLOBALIZAÇÃO E DIREITO: A MUNDIALIZAÇÃO DO CAPITAL E SEUS EFEITOS NO MODELO NORMATIVO BRASILEIRO

GLOBALIZATION AND LAW: THE INTERNATIONALIZATION OF THE CAPITAL AND ITS EFFECTS IN THE BRAZILIAN NORMATIVE MODEL

Arnaldo Moraes GODOY¹

RESUMO

O artigo relaciona o processo de globalização com o ordenamento jurídico brasileiro. Identifica como a mundialização do capital projeta efeitos em nosso modelo normativo. Procura uma percepção a propósito das emendas constitucionais, concluindo pela relação entre o deslocamento da noção de soberania e crise constitucional. Investiga os demais campos da normatividade estrita, a exemplo dos direitos administrativo, do trabalho, previdenciário, penal, processual, civil, tributário, do consumidor, contribuindo para a construção de um saber jurídico crítico e prospectivo.

Palavras-chave: Globalização; Direito; Política; Modernidade.

ABSTRACT

This paper links the process of globalization to the Brazilian legal system. It identifies how globalization of the welfare projects its effects in our normative patterns. It tries to understand the constitutional amendments and it eventually concludes that there is some link between the idea of sovereignty and the constitutional crisis. It also studies several forensic domains such as Administrative Law, Labor Law, Welfare Law, Criminal Law, Process, Private Law, Tax Law, in order to help build a critical juridical knowledge.

Key-words: Globalization; Law; Politics; Modernization.

¹ Doutor e Mestre em Direito pela PUC - São Paulo. Hubert Humphrey Fellow na Universidade de Boston. Diplomado pela Academia de Direito Internacional de Haia/Holanda. Professor do Programa de Mestrado em Direito da UNISUL/Florianópolis. Professor visitante dos Programas de Mestrado em Direito da UEL/Londrina e da UNIMAR/Marília. Procurador Nacional da Fazenda.

Globalização é metáfora de nossos dias, que exprime condição econômica e cultural. Promove a hegemonia do capitalismo e de percepções neoliberais, anunciando uma escatologia que consagra novos moldes de soberania, de relações humanas e de idiosincrasias. A globalização formata novos modelos epistêmicos, saberes, plasmando também um inusitado conjunto normativo. A globalização dita um direito novo, especialmente para países periféricos, como o nosso. O direito brasileiro vem sendo redesenhado como resultado de nossa inserção nesse chamado mundo globalizado. Essa interface entre globalização e direito no Brasil é o tema do presente artigo.

A globalização nos surpreende, encanta, assusta², realizando várias formas de alienação, percebidas como naturais no processo civilizatório³. Surpreende-nos com a velocidade com a qual rearticula nossas vidas, encanta-nos com as promessas que faz, assusta-nos ao evidenciar nossa falibilidade. Percebe-se uma globalização *fábula*, cuja crença nos é imposta; uma globalização *perversa*, que matiza a realidade vivente; uma globalização *utópica*, que anuncia um mundo panglossianamente melhor⁴. Ângulo pessimista (e realista) indica-nos que “[...] a globalização mata a noção de solidariedade, devolve o homem à condição primitiva do cada um por si e , como se voltássemos a ser animais da selva, reduz as noções de moralidade pública e particular a um quase nada”.⁵

Global tornou-se adjetivo de uso freqüente nas escolas norte-americanas de administração de empresas, no início da década de 80, quando consultores de estratégia e marketing, a exemplo de K. Ohmae e M. E. Porter, conduziram seminários em Harvard, Columbia e Stanford, orientados para projetos internacionais⁶. Falava-se naquele tempo de *um mundo sem fronteiras*, a mercê de um *poder triádico*⁷, representado pelos Estados Unidos da América, pelas nações européias que então processavam um movimento unificador de economias e pelo Japão. Modelos políticos foram definitivamente cooptados por interesses financeiros. Trata-se da história do capitalismo em permanente expansão imperialista⁸, centrado oportunisticamente em plano supra-nacional⁹, em momento de expansão e de reorientação.¹⁰

² IANNI, Octavio. *Teorias da Globalização*. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 14.

³ Op.cit., p. 197.

⁴ SANTOS, Milton. *Para uma outra Globalização – do Pensamento Único à Consciência Universal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Record, 2003, p. 18 e ss.

⁵ Op.cit., p. 65.

⁶ CHESNAIS, François. *A mundialização do capital*. Tradução de Silvana Finzi Foá. São Paulo: Xamã, 1996, p. 23.

⁷ Op.cit., loc. cit.

⁸ LÊNIN, V. I. U. *O Imperialismo, Fase Superior do Capitalismo*, p. 366 e ss.

⁹ MELLO, Alex Fiuza de. *Marx e a Globalização*. São Paulo: Boitempo Editorial, 1999, p. 197 e ss.

¹⁰ IANNI, Octavio. *A sociedade global*. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 55.

O imaginário ligado à globalização remete-nos a várias nuances também metafóricas.¹¹ Tem-se o globo enquanto figura astronômica, e de difícil aceitação por parte do catolicismo dominante no medievo, período de formação de uma tradição jurídica ocidental instruída pela vertente romanística.¹² Pensa-se um mundo protagonista de uma história que avança¹³ na realização de projeto de civilização libertadora¹⁴. Trata-se de uma nova onda que redimensiona o espaço¹⁵, explicitando o geomorfismo de uma aldeia global. Na base de todo esse movimento, “[...] está o desenvolvimento extensivo e intensivo do capitalismo no mundo”.¹⁶ Alavanca-se a politização das relações, dado que a empresários é facultado o pleno domínio do poder de negociação; as empresas detêm papel central na configuração da economia e da própria sociedade como um todo¹⁷.

Percebe-se uma globalização em termos tecnológicos, na medida em que a cibernética delinea fluxo de informações¹⁸ que altera regimes de produção e de consumo. Do ponto de vista político a globalização re-contextualiza a soberania, acenando com modelos democráticos que prenunciam novo equilíbrio de força e que é marcadamente muito sutil¹⁹. Culturalmente, intercâmbios modelam o paradoxo de uma destruição criativa²⁰, prenhe de sonhos, pesadelos e ceticismo²¹, identificando um imperialismo de instrução que é característico do nicho cultural capitalista²². Economicamente, opõe-se à miséria do hemisfério sul o desconforto da riqueza do hemisfério norte, circunstância administrada sob forte pressão ideológica, e que nos promove a desconfiança, dado que “[...] a globalização é um mito conveniente a um mundo sem ilusões, mas é também um mito que rouba a

¹¹ IANNI, Otávio. *Teorias da Globalização. Op. cit.*, p. 11 e ss.

¹² BERMAN, Harold J. *Law and Revolution- The formation of the western legal tradition*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1983, p. 85 e ss.

¹³ ANDERSON, Perry. *O Fim da História- de Hegel a Fukoyama*, Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1992, p. 81 e ss.

¹⁴ POPPER, K.R. *The open society and its enemies. – The high tide of prophecy: Hegel, Marx and the aftermath*. 5. ed. London: Routledge, 1996, v. 2, p. 27.

¹⁵ TOFFLER, Alvin. *The third wave*. New York: Bantam Books, 1981, p. 125.

¹⁶ IANNI, Octavio. *A era do globalismo*. 7.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 35.

¹⁷ BECK, Ulrich. *O que é Globalização? equívocos do globalismo: respostas à globalização*. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 14.

¹⁸ JAMESON, Fredric. *A cultura do dinheiro: ensaios sobre a globalização*. Tradução de Maria Elisa Cevasco e Marcos César de Paula Soares. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p.17.

¹⁹ HELD, David. *Democracy and the Global Order: from the modern state to cosmopolitan governance*. Standford: Standford University Press, 1995, p. 80 e ss.

²⁰ COWEN, Tyler. *Creative Destruction (how globalization is changing the world's cultures)*. Princeton: Princeton University Press, 2002, p. 17.

²¹ TOMLINSON, John. *Globalization and culture*. Chicago: The University of Chicago Press, 1999, p. 71 e ss.

²² Idem, *Cultural Imperialism: a critical introduction*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1991, p. 134 e ss.

²³ HIRST, Paul; THOMPSON, Grahame. *Globalização em questão: a economia internacional e as possibili-*

esperança”.²³ O reflexo social disso tudo redundando na cesura entre possuidores (*haves*) e despossuídos (*have-nots*), esses últimos, os protagonistas das horrendas imagens apresentadas na mídia com a destruição do trabalho e dos postos de trabalho²⁴. Assim como não há autoridade sem democracia, também não há direitos sem responsabilidades²⁵, pelo que o custo da periferação decorrente do imperialismo²⁶ volta-se um dia contra os próprios agentes do capitalismo global. Não se percebe aumento de parcela da população com acesso a novos padrões de consumo.²⁷

A globalização é prática discursiva e nesse sentido os seus defensores apropriam-se da história, usando a disciplina de Clio para justificarem suas suspeitas verdades. Trata-se de presenteísmo, de visão historiográfica radicalmente subjetivista²⁸. A globalização seria o resultado de uma evolução, que remontaria às primeiras movimentações do homem na terra²⁹. Isso é particularmente complexo em âmbito de historiografia jurídica, uma vez que se tem amplo repertório para justificativas da normatividade globalizada; é que “[...] o presente olha para o passado e encontra lá sua imagem, como quem se vê ao espelho”.³⁰ O historiador simpático à globalização vale-se do pretérito em relação ao qual dá um salto de tigre, apropriando-se do que lhe interessa, na deliciosa imagem de Walter Benjamin, em sua XIV tese da filosofia da história³¹. Uma poética histórica de sabor hegeliano³² plasma um historicismo do progresso³³ que suscita críticas marcadas por questões epistemológicas que duvidam da objetividade das narrativas³⁴.

dades de governabilidade. Tradução de Wanda Caldeira Brant. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 20.

²⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999, p. 82.

²⁵ GIDDENS, Anthony. *A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*. Tradução de Maria Luiza Borges. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 75.

²⁶ BENAYON, Adriano. *Globalização versus desenvolvimento: o jogo das empresas transnacionais – ETNs – e a periferação por meio dos investimentos diretos estrangeiros – IDEs*. Brasília: LGE, 1998, p.127.

²⁷ FURTADO, Celso. *O capitalismo global*. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001, p. 26.

²⁸ SCHAFF, Adam. *História e verdade*. Tradução de Maria Paula Duarte. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 111.

²⁹ STEGER, Manfred B. *Globalization – a very short introduction*. New York: Oxford, 2003, p.20.

³⁰ HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. 2.ed. S.l: Europa-América, 1998, p.46.

³¹ BENJAMIN, Walter. *Illuminations*, p. 261.

³² WHITE, Hayden. *Metahistory: the historical imagination in nineteenth-century Europe*. Baltimore/London: The Johns Hopkins University Press, 1975, p. 81 e ss.

³³ BREISACH, Ernst. *Historiography – ancient, medieval & modern*. 2. ed. Chicago/London: The University of Chicago Press, 1994, p. 205 e ss.

³⁴ IGGERS, Georg G. *Historiography in the Twentieth Century – from scientific objectivity to the postmodern challenge*. Hannover/London: University Press of New England, 1997, p.139.

³⁵ FUKUYAMA, Francis. *The end of history and the last man*. London: Penguin Books, 1992.

É nesse ambiente historiográfico que parece triunfar a tese de Francis Fukuyama, para quem vivemos *O fim da história* e o tempo *do último homem*³⁵. Com a vitória da democracia e do neoliberalismo, especialmente após a queda do muro de Berlim, estariam sepultadas todas as utopias. A história estaria realizada definitivamente na vituperação e na derrota do socialismo. Não haveria mais espaço para soluções exógenas à liberal-democracia³⁶ e por isso escusadas e supérfluas todas as lutas políticas. Formaliza-se o avanço da direita norte-americana³⁷, agora justificada na luta contra o terrorismo internacional³⁸, epicentro da doutrina Bush³⁹, que se presta a realizar todo o ideário conservador norte-americano⁴⁰. Uma suposta prosperidade global pressagiaria um mundo sem fronteiras⁴¹: além da história, morre também a geografia...

Porém, otimismo para com a globalização fundamenta-se em bases conceituais muito frágeis⁴². A globalização seria uma consequência da modernidade⁴³, atribulada com as relações com a construção do *eu*⁴⁴, ambigualmente marcado pela própria destruição⁴⁵. O pós-moderno⁴⁶ seria o equivalente filosófico do entorno da globalização. Enquanto a modernidade estaria assentada na admiração por uma cultura elevada⁴⁷, na arte sofisticada⁴⁸, na originalidade⁴⁹, no apego a forma, ao clássico⁵⁰, no hermetismo, na oposição ao público, a pós-modernidade seria determinada pela aceitação de uma cultura banal, pela aporia da anti-arte, pelo pastiche⁵¹, pelo conteúdo, pela simplificação, pelo

³⁶ *Op.cit.*, p. 39 e ss.

³⁷ COULTER, Ann. *Treason: liberal treachery from the cold war to the war on terrorism*. New York: Crown Forum, 2003, p. 145 e ss.

³⁸ ROMSFELD, Donald H. Transforming the Military, *Foreign Affairs*, May/June/2000, p. 20 e ss.

³⁹ Michael Hirs, Bush and the World, *Foreign Affairs*, October/2002, p. 18 e ss.

⁴⁰ MOORE, Michael. *Stupid white men*. New York: Regan Books, 2001, p. 163 e ss.

⁴¹ HELD, David; MCGREW, Anthony. *Prós e contras da globalização*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 70 e ss.

⁴² HOFFMANN, Stanley. Clash of Globalizations, *Foreign Affairs*, July/August/2002, p. 108.

⁴³ GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991, p. 61 e ss.

⁴⁴ Idem, *Modernidade e identidade*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 70 e ss.

⁴⁵ TOURAINE, Alain. *Crítica da Modernidade*. Tradução de Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 113 e ss.

⁴⁶ SILVA, Jair Ferreira da. *O que é Pós-Moderno*, p. 24.

⁴⁷ CASSIRER, Ernst. *The philosophy of the enlightenment*. Traduzido para o inglês por Fritz C. A. Koelln e James P. Pettegrove. Princeton: Princeton University Press, 1951, p. 93 e ss.

⁴⁸ *Op.cit.*, p. 275 e ss.

⁴⁹ KRAMNICK, Isaac. (ed.) *The portable enlightenment reader*. New York: The Penguin Books, 1995, p. 314 e ss.

⁵⁰ RICHARD, Carl J. *The founders and the classics* (Greece, Rome and the American Enlightenment). 4. ed. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996, p. 53 e ss.

⁵¹ ECO, Umberto. *The name of the rose*. Traduzido para o inglês por William Weaver. London: Picador, 1984.

⁵² CALVINO, Italo. *Seis propostas para o próximo milênio: lições americanas*. Tradução de Ivo Barroso. São

minimalismo⁵², pela fácil compreensão, pela participação do público. Uma vigorosa denúncia da razão abstrata⁵³ choca-se com a idéia da ordem como uma tarefa a cumprir⁵⁴ e a crítica radical da razão paga um alto preço pela despedida da modernidade⁵⁵. A deslegitimação do conhecimento⁵⁶ confunde-se com a crise de legitimação do modelo avançado de capitalismo⁵⁷, que pelega em sufragar ambientes políticos de conotação mais pública⁵⁸, enfrentando a dicotomia entre verdade e moral⁵⁹. Opera-se situação epistêmica de desconstrução das fronteiras disciplinares⁶⁰, amalgamada maliciosamente por circunstância discursiva de horror ao consenso, como remanescente de odioso totalitarismo⁶¹.

Aceitando-se premissa marxista que nos dá conta de que certo determinismo tecnológico acompanha o avanço do capitalismo⁶², tem-se que as práticas contemporâneas que afeiçoam a globalização decorrem da direção tomada pela pragmática imperialista, bem entendido, com as ressalvas historiográficas já anotadas. Um vetusto sistema colonial⁶³, que se desenvolveu do século XV ao século XVIII no contexto do capitalismo comercial, oxigenou uma forma de domínio político⁶⁴ pela qual os europeus subjugaram a América⁶⁵, na busca de metais preciosos e de gêneros tropicais exóticos⁶⁶. No século XIX, no entrecho do capitalismo industrial⁶⁷, financeiro, monopolista, concorrencial e belicoso, des-

Paulo: Cia das Letras, 1990, p. 13 e ss.

⁵³ HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 4.ed São Paulo: Loyola, 1994, p. 46.

⁵⁴ SMART, Barry. *A Pós-modernidade*. Tradução de Ana Paula Curado. S.l.: Europa-América, 1993, p. 49.

⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 467.

⁵⁶ LYOTARD, Jean-François. *The postmodern condition: a report on knowledge*. Traduzido para o inglês por Geoff Bennington and Brian Massumi. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1999, p. 37.

⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. *Legitimation Crisis*. Traduzido para o inglês por Thomas McCarthy. Boston: Beacon Press, 1975, p. 33 e ss.

⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. *The structural Transformation of the public sphere. (na inquiry into a category of bourgeois society)*. Traduzido para o inglês por Thomas Burger e Frederick Lawrence. 8. ed. Cambridge, MA: The MIT Press, 1996, p. 27 e ss.

⁵⁹ MCCARTHY, Thomas. *The critical theory of Jürgen Habermas*. 10. ed. Cambridge, MA: The MIT Press, 1996, p. 291 e ss.

⁶⁰ CONNOR, Steven. *Cultura pós-moderna – introdução às teorias do contemporâneo*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1993, p. 23.

⁶¹ JAMESON, Fredric. *Postmodernism or, the cultural logic of late capitalism*. Durham: Duke University Press, 2001, p. 347.

⁶² RENTON, David. (ed.) *Marx on globalisation*. London: Lawrence & Wishart, 2001, p. 103.

⁶³ HUNT, E.K. *History of economic Thought: a critical perspective*. 2.ed. New York: M.E. Sharpe, 2002, p. 24.

⁶⁴ DONGHI, Tulio Halperin. *História da América Latina*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975, p. 11.

⁶⁵ FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 2.ed. São Paulo: Edusp, 1995, p. 43 e ss.

⁶⁶ PRADO JUNIOR, Caio. *História Econômica do Brasil*. 23. d. São Paulo: Brasiliense, 1980, p. 56 e ss.

⁶⁷ HOBSBAWM, Eric. *The age of capital – 1848-1875*. London: Abacus, 1999, p. 270 e ss.

⁶⁸ Idem. . *The age of the empire– 1875-1914*. New York: Vintage Books, 1989, p. 56 e ss.

dobrou-se modelo de domínio político e econômico, formal e informal, que genuflectiu povos africanos⁶⁸, asiáticos⁶⁹ e americanos⁷⁰, na busca de mercados consumidores, matérias-primas de fácil acesso e de campos para investimento seguro. A partir do ocaso da guerra fria percebe-se capitalismo de molde *global*, que desconhece fronteiras, que percebe a pobreza como privação das capacidades⁷¹ e que persegue mão-de-obra barata, reservas ambientais, pólos de investimento e de exportação de problemas.

Intrigante estudo de Antonio Negri e de Michael Hardt⁷² aponta para um *Império* como forma de poder do mundo globalizado. *Império* seria diferente de *imperialismo*, na medida em que nesse último há guerra entre as potências; no *Império* uma estrutura hierárquica que alcança os Estados Unidos, os países ricos da União Européia, o Japão, os grandes bancos e corporações internacionais, exerce o poder por meio de atores globais, a exemplo do Fundo Monetário Internacional e da Organização Mundial do Comércio.

Segundo Negri e Hardt, “*Império é o poder soberano que governa o mundo*”⁷³.

Os Estados Unidos exerceriam uma posição de destaque⁷⁴, o *poder de polícia*, e disso as guerras contemporâneas são inequívoca prova, na medida em que tomam o sentido de *guerras justas*⁷⁵. Recentes conflitos havidos no Afeganistão e no Iraque confirmam a plausibilidade da assertiva. Ideologicamente, desenha-se o *Império* como permanente, eterno e necessário⁷⁶. Negri e Hardt evidenciam a falência do projeto de Hans Kelsen, realizado na formação da Organização das Nações Unidas, como poder que transcende ao Estado-Nação⁷⁷.

A uma suposta hegemonia dos Estados Unidos, marcada por um enorme vazio de representação para posturas antibelicistas⁷⁸, pelo controle de mecanismos

⁶⁹ SAID, Edward W. *Orientalismo* – o oriente como invenção do ocidente. Tradução de Tomás Rosa Bueno.

São Paulo: Companhia das Letras, 1990, p. 60 e ss.

⁷⁰ GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*. Tradução de Galeno de Freitas. 40. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001, p. 189 e ss.

⁷¹ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 109 e ss.

⁷² HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Empire*. 10. ed. Cambridge-MA: Harvard University Press, 2001.

⁷³ *Op. cit.*, p. XI. Tradução e versão livre do autor. [...] *Empire is [...] the sovereign power that governs the world*.

⁷⁴ *Op. cit.*, p. XII.

⁷⁵ *Op. cit.*, p. 10.

⁷⁶ *Op. cit.*, p. 11.

⁷⁷ *Op. cit.*, p. 6.

⁷⁸ PETRAS, James; VELTMEYER, Henry. *Hegemonia dos Estados Unidos no novo milênio*. Tradução de Jaime A Clasen e Ricardo A. Rosenbusch. Petrópolis: Vozes, 2000, p.17.

⁷⁹ ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos de Estado*: notas sobre os aparelhos ideológicos de Estado.

de manipulação à moda das invectivas de Althusser⁷⁹, restam não muitas alternativas de resistência, a exemplo dos *rizomas* propostos por Deleuze e Guattari⁸⁰. Realizando o sentido de *rizoma* cabe que se discuta permanentemente a questão desse capitalismo global. É que a globalização funda-se em falsos mitos, como a idéia de que o *mercado exige*, totalmente fora de sentido, dado que o *mercado* é ser inanimado, formado por pessoas específicas organizadas em classes, como a dos executivos⁸¹. A globalização centra-se teoricamente no neoliberalismo, arauto do domínio irrestrito do mercado⁸², aqui denunciado. Críticas há de setores medularmente vinculados ao processo de globalização. Joseph Stiglitz, vencedor do Prêmio Nobel de Economia em 2001, que exercera posições de destaque no Banco Mundial, dardejou que o neoliberalismo quebrou promessas e que fundamentalmente não garante liberdade de escolha⁸³.

A globalização suscita um ambiente pragmático que fomenta um movimento de internacionalização das reformas econômicas⁸⁴, em prol dos interesses do *Império*, a adotar-se a imagem de Negri e Hardt. O *Império* vale-se dos *global players*, dos atores globais, como o Fundo Monetário Nacional e o Banco Mundial, para garantir condições propícias para o desenvolvimento do capitalismo que defende, centrado em premissas de liberdade⁸⁵, de críticas ao totalitarismo⁸⁶, de dicotomias entre capitalismo e socialismo⁸⁷. Vive então o mundo um ambiente perene de instabilidade financeira. A competitividade internacional pressiona as relações entre capital e trabalho no desiderato de garantir-se mão-de-obra barata. Pressionados pelo FMI os Estados vinculados a empréstimos internacionais aumentam suas bases de imposição tributária sem a conseqüente elevação dos serviços que podem prestar e das funções que podem desenvolver: é a maldição da crise fiscal.

Verifica-se uma crise do Estado, que é estrutural. Decorre disso uma crise de governabilidade, marcada por uma ingovernabilidade sistêmica. Promessas de campanha não se realizam e, particularmente no Brasil é nítida a fragilidade ideo-

Tradução de Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. (AIE). 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985, p. 66 e ss.

⁸⁰ DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *A thousand plateaus – capitalism and schizophrenia*. Traduzido para o inglês e prefaciado por Brian Massumi. 10. ed. Minneapolis/London: University of Minnesota Press, 2003, p. 25.

⁸¹ PETRAS, James e VETMEYER, Henry. *Op.cit.*, p. 68.

⁸² BOXBERGER, Gerald; KLIMENTA, Harald. *As dez mentiras da globalização*. Tradução de Inês Antônio Lohbauer. São Paulo: Aquariana, 1999, p. 9.

⁸³ CHOSSUDOVSKY, Michel. *A globalização da pobreza: impactos das reformas do FMI e do Banco Mundial*. Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: Moderna, 1999, p. 23 e ss.

⁸⁴ *Op. cit.* p. 11.

⁸⁵ FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and Freedom*. 40.ed. Chicago/London: The University of Chicago Press, 2002, p. 22 e ss.

⁸⁶ HAYEK, F. A. *The road to serfdom*. 50.ed. Chicago: The University of Chicago Press, 1994, p. 199 e ss.

⁸⁷ SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, Socialism and Democracy*. New York: Harper Perennial, 1975, p. 232 e ss.

⁸⁸ WEBER, Max. *Ensaio de Sociologia*. Tradução de Waltensir Dutra. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982,

lógica e programática dos partidos políticos. Tem-se a impressão de que a oposição, ao assumir o poder, troca de programas com a situação, que passa a criticar o que ontem defendia, enquanto a oposição no poder passa a praticar o que ontem criticava. E a situação não configura mero jogo de palavras. Temas de atualidade vociferante, como reforma fiscal, transgênicos e exercício do direito de greve bem ilustram essas reflexões, fomentadas pela análise das atuações dos presidentes Fernando Henrique Cardoso e Luís Inácio Lula da Silva, aquele acadêmico e de pose intelectual, esse último sindicalista e de postura mais realista. Impressionante inflação legislativa, marcada pela proliferação de emendas constitucionais, de medidas provisórias e de leis ordinárias marca o momento, promovendo o desencanto do administrado para com o administrador.

A agenda política neoliberal realiza uma ruptura entre Estado e cidadão. Uma indiferença recíproca matiza as relações entre indivíduo e poder, circunstância de fácil percepção, e constatada com os baixíssimos níveis de interesse popular no voto e na participação no debate político. Tem-se a impressão de que o Estado deixou de preocupar-se com as pessoas e de que os indivíduos evitam qualquer contato não obrigatório com as fontes de poder. Opera-se uma inversão das premissas weberianas em torno da burocracia. Se essa fora criada para racionalizar a dominação⁸⁸, exemplo mais típico de domínio legal⁸⁹, manifestação da sociedade moderna⁹⁰, verifica-se o não cumprimento de outra promessa, na medida em que o ambiente burocrático parece acolitar os efeitos perversos da globalização, impessoalizando os moldes de dominação.

Os espaços periféricos do sistema são açoitados com o que Michel Chossudovsky nomina de o *cardápio do FMI*⁹¹. Impõe-se austeridade orçamentária, imperturbável agravante da crise fiscal. As moedas nacionais são desvalorizadas, em favor do dólar e do euro. Obriga-se a uma inusitada liberalização do comércio. Formulam-se programas relâmpago de privatizações. Reorganizam-se ministérios das fazendas e bancos centrais, esses últimos muitas vezes sob a batuta de empregados das forças componentes do *Império*. As instituições financeiras internacionais exercem governos paralelos aos poderes oficialmente constituídos. Os países que não aceitam esses *planos de ajustes estruturais* são elencados em *lista negra*. Empréstimos são condicionados a programas e desempenhos políticos e econômicos. *Documentos de prioridades políticas* vinculam dominantes e domina-

p. 229.

⁸⁹ FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber*. Tradução de Luís Cláudio de Castro e Costa. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 170.

⁹⁰ SOUZA, Jessé. *Patologias da modernidade: um diálogo entre Habermas e Weber*. São Paulo: Annablume, 1997, p. 51.

⁹¹ CHOSSUDOVSKY, Michel. *A globalização da pobreza: impactos das reformas do FMI e do Banco Mundial*. Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: Moderna, 1999, p. 28 e ss. .

⁹² *Op.cit.*, p. 47 e ss.

dos. Atônitos, passamos a questionar projetos ilibados de organizações internacionais não governamentais, como o de grupos como *Médicos sem Fronteiras*, *Greenpeace*, *Anistia Internacional*, *Sierra Club* e *Human Rights Watch*, entre tantos outros.

Uma sociedade neoliberal baseada em organizações complexas, em atores múltiplos, como empresas, bancos e entidades de classe dominante, protagonizam um sistema de domínio ditado pelo *mercado*. Ainda, segundo Michel Chossudovsky⁹², os projetos de *estabilização econômica* passam por duas fases. Primeiro momento verifica um programa anti-inflacionário, marcado pela retração da demanda, pela maxidesvalorização e destruição da moeda nacional, pela dolarização dos preços domésticos, pela desindexação dos salários. Segundo momento percebe o implemento de *reformas estruturais*. Realiza-se o projeto autoritário e neoliberal do *Consenso de Washington*. Força-se a liberação unilateral do comércio. Privatizam-se as estatais. Levam-se a termo reformas fiscais, previdenciárias e trabalhistas. Desregulamenta-se o sistema bancário. Criam-se *fundos sociais de emergência* para a administração da pobreza mais ostensiva. A falência na reestruturação de sistemas de saúde implica na indesejável volta de doenças como o cólera, a febre-amarela e a malária. A globalização das manufaturas faz-se à custa de mecanismos garantidores de mão-de-obra barata. Modelos de submissão ideológica realizam o colonialismo cultural. A generalização de problemas em locais como Somália, Ruanda, Moçambique, México, Peru, Bolívia, Argentina e Brasil confirmam os desajustes que decorrem de políticas de globalização.

O avanço do capitalismo, enquanto suposto “[...] progresso econômico e acúmulo de capital eficiente”,⁹³ é causa e consequência da globalização, de apreensão imediata. Consubstancia-se o reino dos maiores bancos do mundo⁹⁴, que controlam os *atores globais* em questões como dívida externa de países periféricos⁹⁵. As mercadorias colonizam as formas de vida, implementando-se a *fetichização* prevista pelo ideário marxista⁹⁶. Promove-se uma mercadização do estético, o que já fora denúncia dos frankfurtianos no exílio⁹⁷, especialmente por parte de Theodor Adorno⁹⁸, concepções que ensejam um neomarxismo crítico⁹⁹.

⁹³ PERROUX, François. *O capitalismo*. Tradução de Gerson de Souza 2. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970, p. 12.

⁹⁴ SAMPSON, Anthony. *Os credores do mundo*. Tradução de Ruy Jungmann. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 1981, p. 160.

⁹⁵ SABBÍ, Alcides Pedro. *O que é a questão da dívida externa*. São Paulo: Brasiliense, 1992, p. 66 e ss.

⁹⁶ BOTTOMORE, Tom. (ed.) *Dicionário do pensamento marxista*. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 160.

⁹⁷ HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. *Dialectic of Enlightenment*. Traduzido para o inglês por John Cumming. New York: Continuum, 2001, 120 e ss.

⁹⁸ WIGGERSHAUS, Rolf. *The Frankfurt School- its history, theories and political significance*. Traduzido para o inglês por Michael Robertson. 3. ed. Cambridge, MA: The MIT Press, 1998, p. 66 e ss.

⁹⁹ ASSOUN, Paul-Laurent. *A escola de Frankfurt*. Tradução de Dra. Helena Cardoso. São Paulo: Ática, 1991, p. 56 e ss.

Nosso tempo globalizado confirma que “[...] a sociedade administrada produz uma massa acrítica e manipulável [...] nela ocorre a extinção do sujeito cognoscente, do sujeito responsável”.¹⁰⁰ Duvida-se da razão iluminista, instrumental, que passa a perfilar um sentido cínico¹⁰¹ e manipulador¹⁰². A razão propiciara a violência, suscitando poder, força, autoridade¹⁰³, aproximando ideologia e terror¹⁰⁴. Vivemos um mundo prioritariamente composto de deserdados, marcado pela angústia e pela insegurança, potencializadas pela massificação do desemprego.

Boaventura de Souza Santos percebe movimentos hegemônicos e contra-hegemônicos no processo de globalização¹⁰⁵. Um *localismo globalizado* identifica a hegemonia de fragmentos culturais particularizados; é a língua inglesa que de meio de comunicação de uma ilha torna-se língua franca do mundo. Um *globalismo localizado* assinala o impacto do global sobre o local. É quando a apropriação turística de valores históricos e de recursos naturais promove a crise ambiental ou quando a conversão da lavoura de subsistência para agricultura de exportação reformata o uso dos solos. Contra-hegemonicamente, um certo cosmopolitismo desenha-se mediante o processo de formação de grupos internacionais interessados na discussão dos problemas decorrentes da globalização, a propósito da preocupação com temas como *patrimônio comum da humanidade*, Amazônia, Antártida, biodiversidade, fundos marinhos, embora abstratamente possíveis de apropriação hegemônica e indicativos de uma *bambificação* da natureza.

Todos os mencionados elementos referentes ao processo de globalização, identificados com o neoliberalismo e divinizados no *Consenso de Washington*, forçam alterações profundas nos modelos normativos dos países periféricos. O projeto neoliberal realiza-se localmente e por isso as legislações são alteradas, como condição de realização das ordens que possibilitam a hegemonia do *Império*. O Estado periférico perde a condição de soberania que inveja do estado europeu clássico de governo direto¹⁰⁶. Ainda, segundo Boaventura de Souza Santos,

¹⁰⁰ MATOS, Olgária C. F. Os arcanos do inteiramente outro: a escola de Frankfurt, a melancolia e a revolução. São Paulo: Brasiliense: 1989, p.15.

¹⁰¹ SLOTERDIJK, Peter. *Critique of Cynical Reason*. Traduzido para o inglês por Michael Eldred. 5. ed. Minneapolis/London: University of Minnesota Press, 2001, p. 76 e ss.

¹⁰² HORKHEIMER, Max. *Eclipse of Reason*. New York: Continuum, 1999, p. 3.

¹⁰³ ARENDT, Hannah. *On violence*. San Diego: A Harvest Book, 1970, p. 44.

¹⁰⁴ Idem. *The Origins of Totalitarianism*, San Diego: A Harvest Book, 1976, p. 460 e ss.

¹⁰⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa [org.]. *A globalização e as ciências sociais*. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 72 e ss.

¹⁰⁶ TILLY, Charles. *Coerção, Capital e Estados Europeus*. Tradução de Geraldo Gerson de Souza. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1996, p. 166 e ss.

Nos termos do Consenso de Washington, a responsabilidade central do Estado consiste em criar o quadro legal e dar condições de efetivo funcionamento às instituições jurídicas e judiciais que tornarão possível o fluir rotineiro das infinitas interações entre os cidadãos, os agentes econômicos e o próprio Estado.¹⁰⁷

As recentes transformações verificadas no direito brasileiro identificam essa realidade. A globalização projeta-se em todos os campos da normatividade, assim como da apreensão da arena jurídica, ensaiando novos cânones hermenêuticos. Nota-se um conflito entre economistas e juristas, um antagonismo declarado, uma “[...] polaridade entre eficiência econômica e certeza jurídica, entre programas anti-inflacionários e ordem constitucional”.¹⁰⁸ Os economistas perseguem uma ética weberiana da convicção, preocupados que estão com os fins. Os juristas encaçam uma ética também weberiana da responsabilidade, desassossegados com os meios. Legisladores e magistrados perambulam por esse troteio, que atinge mais duramente o cidadão.

O direito constitucional é o maior objetivo dos ataques orquestrados pelas forças da globalização. O texto constitucional de 1988, por ter representado um reencontro com a ordem democrática¹⁰⁹, uma quebra em relação à ordem jurídica autoritária¹¹⁰, uma certa “[...] alegria [...] devida à sensação do bom trabalho realizado”¹¹¹, recebeu tratamento canônico e fomentou certa idolatria constitucional que se arrasta desde os debates da Assembléia Nacional Constituinte. Porém, a remodelação do Estado, como reflexo de novos paradigmas de soberania e de ordem econômica, tem promovido modificações substanciais, como a provar a admoestação de Marx, o filósofo de Trier, para quem *tudo que é sólido desmancha no ar; tudo que é sagrado será profanado*. A globalização poderia ter promovido a realização concreta de um Estado cosmopolita, num sentido habermasiano¹¹²; mas não o fez. O Estado periférico atende às determinações do *Império*.

E, a imaginarmos um Estado pós-moderno¹¹³, presumimos também um direito constitucional com feição pós-moderna. No sentir de Canotilho,

¹⁰⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. *Op. cit.*, p. 43.

¹⁰⁸ FÁRIA, José Eduardo. *Direito e Economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros Ed., 1993, p. 15.

¹⁰⁹ COUTO, Ronaldo Costa. *História indiscreta da ditadura e da abertura. Brasil: 1964-1985*. 3. ed. Rio de Janeiro. São Paulo: Record, 1999, p. 343.

¹¹⁰ Não obstante a posição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para quem não teria havido uma ruptura revolucionária e conseqüentemente o texto de 1988 decorreria de um poder constituinte derivado. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 27.

¹¹¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 95.

¹¹² FÁRIAS, Flávio Bezerra de. *A globalização e o Estado cosmopolita: as antinomias de Jürgen Habermas*. São Paulo: Cortez, 2001, p. 89 e ss.

¹¹³ Idem. *O Estado capitalista contemporâneo: para a crítica das visões regulacionistas*. São Paulo: Cortez, 2000, p. 45 e ss.

um direito constitucional pós-moderno seria um direito pós-intervencionista, caracterizado por ser processualizado, dessubstantivado, neo-corporativo e ecológico¹¹⁴. Uma constituição afinada com a pós-modernidade teria cariz reflexivo, garantindo mudanças a partir da construção de rupturas¹¹⁵. E dada uma carência de efeitos normativos e jurídicos processa-se uma concepção de *constituição simbólica*, plurívoca e autopoiética¹¹⁶. A globalização exige intervenções rápidas, efetivas, pelo que se pode questionar concepções que fracionavam as normas constitucionais quanto à aplicabilidade¹¹⁷, recurso retórico que justificava a não efetividade de normas relegadas à condição de *programáticas* ou de *efeito contido*. Ameaçada por condição que a relega a mero *documento simbólico*, intimidada por um reducionismo que a equipolaria ao hino nacional ou a bandeira, a constituição vive uma crise, aprofundada pela proliferação de emendas constitucionais e pela dúvida quanto à convocação de uma nova constituinte. O constitucionalismo e os constitucionalistas bem poderiam tirar proveito dessas aporias e ambivalências, assimilando a mudança de paradigmas, mediante a implementação de soluções normativas criativas, repensando-se a função do Direito nas sociedades modernas¹¹⁸.

O panorama constitucional brasileiro contemporâneo acena com retrocessos e com perda de direitos, como reflexos do processo de globalização. As emendas constitucionais até o presente aprovadas (e outras virão) identificam esse movimento. A emenda constitucional número 5, de 10 de outubro de 1995, suprimiu o monopólio estatal na distribuição do gás. No mesmo dia, a emenda constitucional de número 6 suprimiu benefícios para as empresas de capital nacional e a reserva de mercado no subsolo. E também no mesmo dia, a emenda constitucional de número 7 suprimiu reserva de mercado na navegação interna. E ainda, também no mesmo dia, a emenda constitucional de número 8 suprimiu o monopólio estatal nas telecomunicações. Em 9 de novembro de 1995 a emenda constitucional de número 9 suprimiu o monopólio estatal na produção de petróleo. A emenda constitucional de número 16, de 4 de junho de 1997, permitiu a reeleição do presidente da república, propiciando a continuidade, naquele instante, das reformas neoliberais. A emenda constitucional de número 19, de 4 de junho de 1998, dá forma à *nova administração pública brasileira*, permitindo demissão de servidores por mau desempenho ou se a folha de pagamentos superar 60 % da receita. A emenda constitucional de número 20, de 15 de dezem-

¹¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 13.

¹¹⁵ *Op.cit.*, p. 14.

¹¹⁶ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 53 e ss.

¹¹⁷ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: RT, 1968, p. 35 e ss.

¹¹⁸ UNGER, Roberto Mangabeira. *False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy*. London/New York: Verso, 2001, p. 134 e ss.

bro de 1998 deu início à reforma da previdência social. Homenageando perspectivas retóricas, a emenda constitucional de número 26, de 14 de fevereiro de 2000, incluiu a moradia como direito constitucional. Em 21 de março de 2000 a emenda constitucional número 27 possibilitou a desvinculação das receitas da União. Em 25 de maio de 2000, a emenda constitucional de número 28 alterou os prazos prescricionais para as ações trabalhistas rurais. Em 13 de setembro de 2000 a emenda constitucional de número 30 permitiu o parcelamento de precatórios. Em 19 de dezembro de 2002 a emenda constitucional de número 39 permitiu a criação das taxas de iluminação municipais. Em 29 de maio de 2003, a emenda constitucional de número 40 revogou a limitação das taxas de juros reais a 12 % ao ano¹¹⁹.

O problema da liberdade e do Estado como resistência ao absolutismo¹²⁰ ganha nova dimensão. Novas formas de absolutismo desenham-se no horizonte. *Desnacionalizar, desestatizar, desconstitucionalizar, desregionalizar* são os novos verbos conjugados pela voz neoliberal¹²¹. O movimento de desconstitucionalização provoca debates em torno da plausibilidade de textos constitucionais sintéticos ao invés de textos constitucionais analíticos¹²², o que invariavelmente conduz a ensaios comparativos com a hermenêutica constitucional norte-americana. Percebe-se que textos analíticos, como o nosso, exigem mudanças instrumentais na constituição, enquanto que textos sintéticos, como o norte-americano, que contém 4000 palavras, possibilitam meras mudanças exegéticas.

Já se observou que a constituição norte-americana deveria ser percebida a partir de seu terreiro econômico, dado que garantiria o liberalismo e o grande capital¹²³. O antagonismo entre o liberalismo dos democratas¹²⁴ e o conservadorismo dos republicanos¹²⁵ promove um ativismo judicial¹²⁶ que se opõe a um textualismo radical, sentido na jurisprudência reacionária de alguns juízes da Suprema Corte norte-americana, como Antonin Scalia¹²⁷, Clarence Thomas¹²⁸ e

¹¹⁹ *Folha de S. Paulo*, 5 de outubro de 2003.

¹²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 39 e ss.

¹²¹ Idem. A Globalização e a Soberania, Aspectos Constitucionais, *Revista TST*, Brasília, vol. 67, n. 1, jan/mar/ 2001, p. 127.

¹²² TEMER, Michel. Revisão Facilitada da Constituição. *Folha de S. Paulo*, 22 de outubro de 2003.

¹²³ BEARD, Charles Austin. *An economic interpretation of the Constitution of the United States*. New York: The Free Press, 1963, p. 253 e ss.

¹²⁴ RUTLAND, Robert Allen. *The democrats: from Jefferson to Clinton*. Columbia: University of Missouri Press, 1995, p. 202 e ss.

¹²⁵ Idem. *The Republicans- From Lincoln to Bush*, Columbia: University of Missouri Press, 1996, p. 239 e ss.

¹²⁶ POWE JÚNIOR, Lucas A. *The Warren Court and American Politics*, p. 217 e ss.

¹²⁷ SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation: federal courts and the law: an essay*. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 9.

¹²⁸ GERBER, Scott Douglas. *First Principles: the jurisprudence of Clarence Thomas*. New York: New York University Press, 1999, p. 191 e ss.

Sandra Day O'Connor¹²⁹. Minimalismo judicial toma conta da Suprema Corte dos Estados Unidos¹³⁰, que não faz muita questão de procurar direitos não textualmente enumerados¹³¹, pelo que objeto de críticas de setores acadêmicos¹³², que percebem efeitos da globalização nessa nova ordem constitucional¹³³, que também os afeta, em temas econômicos e normativos¹³⁴, questionando-se a imparcialidade da constituição¹³⁵, desmistificada com a revelação dos conflitos que se dão no interior da Suprema Corte¹³⁶.

Por causa de nossa fragilidade institucional, plasmada no embate que envolve sociedade civil e comunidade¹³⁷, os efeitos constitucionais da globalização parecem ser mais relevantes em âmbito de regulamentação econômica, o que incontestemente com a promulgação da Emenda Constitucional de número 40. Redimensiona-se o princípio da eficiência¹³⁸, tão caro ao movimento da jurisprudência norte-americana que vincula o direito à economia¹³⁹, perspectiva que revela forte tendência utilitarista¹⁴⁰. A universalidade abstrata do direito do modo de produção capitalista¹⁴¹ permite que novas ordens sejam engendradas, na proteção da suposta expansão da capacidade produtiva do ser humano¹⁴².

Trata-se, efetivamente, de uma questão de soberania:

Países hoje chamados de “emergentes” dependem quase todos, igualmente, de recursos financeiros emergenciais para combater a

¹²⁹ O'CONNOR, Sandra Day. *The majesty of the law: reflexitons of a Supreme Court Justice*. New York: Random House, 2003, p. 237 e ss.

¹³⁰ SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. 2. ed. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2001, p. 24 e ss.

¹³¹ TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael C. *On reading the constitution*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1991, p. 45.

¹³² TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2003, p. 154 e ss.

¹³³ _____. *The new constitutional order*. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2003, p. 142 e ss.

¹³⁴ SMITH, Rogers M. *Liberalism and American Constitutional Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1990, p. 138 e ss.

¹³⁵ SUNSTEIN, Cass R. *The partial constitution*. 3. ed. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1997, p. 347.

¹³⁶ COOPER, Phillip J. *Battles on the bench: conflict inside the Supreme Court*. Lawrence, KA: University Press of Kansas, 1995, p. 152 e ss.

¹³⁷ REALE, Miguel. *Questões de direito público*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 29 e ss.

¹³⁸ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. 4. ed. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 35.

¹³⁹ POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2003, p. 17.

¹⁴⁰ Idem. *The Economics of Justice*, 7. ed. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1998, p. 13 e ss.

¹⁴¹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 21.

¹⁴² VIDIGAL, Geraldo de Camargo. *Teoria Geral do Direito Econômico*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977, p. 176.

volatilidade de mercados financeiros expostos à corrida internacional de capitais. Esses recursos são concedidos por organizações financeiras internacionais, tais como o FMI e o Banco Mundial, mediante a imposição de cartilhas invariáveis, que demonstram como deve ser a política econômica de cada país socorrido. As políticas de juros praticadas por países economicamente poderosos são decisivas para a orientação das políticas públicas da periferia do sistema capitalista¹⁴³.

Valendo-se de *realinhamento constitucional* enquanto metáfora, Oscar Vilhena Vieira admite que “[...] os sistemas constitucionais vêm sendo fortemente pressionados por diversas demandas impostas por um cenário internacional em rápida reconfiguração”.¹⁴⁴

Por outro lado, opinando pela luta pela manutenção do modelo constitucional vigente, Adroaldo Leão admoesta que

[...] as mudanças e tendências do constitucionalismo pós-moderno não poderão distanciar-se da proteção internacional aos direitos do homem, como meio de conter práticas abusivas dos Estados, de grupos intermediários, do poder econômico paralelo e das descobertas científicas contrárias à dignidade da pessoa humana.¹⁴⁵

Transforma-se também o direito administrativo, que passa a ter uma natureza mais consensual, dado que nosso tempo questiona o axioma da supremacia do interesse público em face do interesse privado, como reflexo do fracionamento dos interesses públicos em primários e secundários. A onda crescente de delegação de serviços públicos sugere uma iniciativa privada complementar à atividade do Estado. Desregulamentação e desburocratização anunciam esse novo Estado, que pretende promover uma cidadania de usuários e de clientes. A questão das rodovias pedagiadas e mantidas pela iniciativa privada ilustra essa convergência, sobretudo por causa do indireto aumento do ônus da manutenção do espaço público, por parte de particulares, que recolhem o pedágio, para que possam transitar por rodovias de alta lucratividade para seus administradores.

¹⁴³ AGUILAR, Fernando Herren. Direito Econômico e Globalização. In Carlos Ari Sundfeld e Oscar Vilhena Vieira (coord.). *Direito Global*, p. 271.

¹⁴⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. Realinhamento Constitucional, In Carlos Ari Sundfeld e Oscar Vilhena Vieira, *op.cit.*, p. 13.

¹⁴⁵ LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. (coord.) *Globalização e direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 7.

O processo de privatizações ilustra perversos aspectos de novo direito público que se desenha. Telesp, Vale do Rio Doce, Light, Embratel, Usiminas, Companhia Siderúrgica Nacional, Cemig, Copesul, Rede Ferroviária Federal-Sudeste, Açominas, Cosipa, Banerj, Banco Meridional, entre outras estatais, teriam passado para o controle estrangeiro sem cautelas mínimas de estratégia, com altos custos para a sociedade, que indiretamente teria financiado tais aquisições¹⁴⁶.

O impacto da globalização em face do direito administrativo é significativo a ponto de autor de muito prestígio ter indagado se o direito administrativo atual estaria fadado a morrer¹⁴⁷. Migrações conceituais emergem quando se analisam as agências regulamentadoras independentes, a exemplo da ANATEL/ Agência Nacional de Telecomunicações, da ANEEL/ Agência Nacional de Energia Elétrica, da ANP/ Agência Nacional de Petróleo¹⁴⁸. Leitura maliciosa pode perceber um papel de privatização da função legislativa, em favor do perfil regulamentador dessas agências.

O direito do trabalho parece ser o ambiente jurídico mais suscetível às transformações decorrentes do processo de globalização. Em perigo a ameaça da dignidade do trabalhador na presente conjuntura¹⁴⁹. O direito do trabalho fixou-se no passado em âmbito de direito privado, dada a ficção que presumia liberdade contratual absoluta na celebração do pacto de emprego, então enfocado sob o prisma da autonomia da vontade e consubstanciado no *leading case* norte-americano representado pelo caso *Lochner vs. New York*¹⁵⁰. O intervencionismo característico de meados do século XX reenfocou o direito laboral, matizando-o com as premissas que informam o direito público, coroando tendência conceitual que se desenhava nitidamente já em Evaristo de Moraes¹⁵¹ e em Lindolfo Collor, no plano menos acadêmico e mais político¹⁵². A onda neoliberal contemporânea ensaia uma reprivatização dos cânones de interpretação do direito do trabalho, processo que emerge como *flexibilização das regras*, principalmente percebido no projeto de lei n. 5483/01, que pretende alterar o artigo 618 da Consolidação das Leis do Trabalho, fazendo prevalecer a convenção coletiva em detrimento da legislação¹⁵³.

¹⁴⁶ BIONDI, Aloysio. *O Brasil Privatizado - um balanço do desmonte do Estado*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1999, p. 38 e ss.

¹⁴⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. A Administração Pública na Era do Direito Global. In Carlos Ari Sundfeld; Oscar Vilhena Vieira (coord.), *Op.cit.*, p. 164.

¹⁴⁸ *Op.cit.*, p. 162.

¹⁴⁹ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. A Dignidade do Trabalhador no Cenário da Globalização Econômica. *Revista LTr*, vol. 66, n. 12, dezembro de 2002.

¹⁵⁰ GILLMAN, Horward. *The constitution besieged*. Durham/London: Duke University Press, 1993, p. 64 e ss.

¹⁵¹ MORAES, Evaristo de. *Apontamentos de direito operário*. 3. ed. São Paulo: LTR, 1986, p. 23 e ss.

¹⁵² RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 1991, p. 11.

¹⁵³ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. *Op.cit.*, p.1443.

O empresário vê-se forçado a competir em condições que exigem mão-de-obra barata e manipulação de horários. Uma fúria neoliberal estaria minando conquistas laborais construídas ao longo de penosa jornada histórica¹⁵⁴. Suposto anacronismo do contrato de trabalho¹⁵⁵ exige redobrado esforço e vigilância dos juristas para com os efeitos da globalização no direito do trabalho¹⁵⁶. A reversão da concentração industrial promove uma descompensação da migração setorial da mão-de-obra, determinando a massificação do desemprego¹⁵⁷, provocando o pânico, a adesão a qualquer aceno de emprego, a qualquer preço, sob quaisquer condições.

O direito tributário convive com um movimento normativo que prevê reforma fiscal, que pretende ampliar a base de recolhimento, como reflexo da crise pela qual o Estado se vê tomado. O mais perverso dos impostos, o ICMS, de competência estadual e marcado por forte regressividade, passa a justificar guerra fiscal que revela problemas graves de federalismo vertical. Fala-se de uma legislação federal única, prevendo cinco alíquotas, substituindo-se as vinte e sete atuais legislações, que oxigenam guerra fiscal que denuncia problemas de federalismo horizontal. A CPMF seria prorrogada até 2007, tornando definitivo o que nascera sob a égide da provisoriedade. Impostos de importação e de exportação também incidiriam sobre serviços, além de produtos, que hoje gravam em detrimento de eventual paradigma de livre comércio. A recém criada CIDE- contribuição sobre a venda de combustíveis - persistiria, com partilha posterior entre estados e municípios. Aqueles ficariam com 18,75 % da arrecadação, esses últimos com 6,25 %. A COFINS, contribuição para financiamento da seguridade social, deixaria de ser cumulativa, deixando de incidir em todas as etapas da produção. A tributação internacional passa a exigir maior fiscalização e empenho, especialmente em âmbito de preços de transferência e seu controle fiscal¹⁵⁸.

No direito previdenciário, percebe-se uma releitura do princípio da solidariedade e um redimensionamento do sistema, decorrente de um movimento de substituição do direito de feição estatal¹⁵⁹, formatado pela hegemonia dos concei-

¹⁵⁴ SOUZA, Sérgio Alberto de. *Direito, Globalização e Barbárie*: estudos críticos de temas de Direito do Trabalho e de Direitos Humanos sob a ótica de uma leitura não-liberal. São Paulo: LTR, 1998, p. 66 e ss.

¹⁵⁵ DINIZ, José Janguê Bezerra. *O direito e a justiça do trabalho diante da globalização*. São Paulo: LTR, 1999, p. 96 e ss.

¹⁵⁶ ROMAGNOLI, Umberto. Os Juristas do Trabalho ante a Globalização. In SILVA, Diana de Lima e; PASSOS, Edésio. (coord.) *Impactos da globalização: relações de trabalho e sindicalismo na América Latina e Europa*. São Paulo: LTR, 2001, p. 21 e ss.

¹⁵⁷ PINTO, José Augusto Rodrigues. A Globalização e as Relações Capital/Trabalho. In LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. (coord.) *Globalização e direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 104 e ss.

¹⁵⁸ TÔRRES, Heleno. *Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transnacionais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 161 e ss.

¹⁵⁹ ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do Estado*. Tradução de Patrice Charles Guillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 157.

tos neoliberais em matéria de relações econômicas¹⁶⁰. Certo malthusianismo apocalíptico prende-se numa gerontofobia preventiva, prevendo a dilação de prazos de aposentadorias, proclamando a adequação de planos privados de pensão e menoscabando percepções analíticas de direitos adquiridos.

O direito penal vê a internacionalização dos delitos e percebe, nos dizeres de Luiz Flávio Gomes e de Alice Bianchini¹⁶¹, uma progressiva deterioração, marcada pelas seguintes características: deliberada política de criminalização, freqüentes e parciais alterações na legislação, aumento dos marcos penais dos delitos clássicos, hipertrofia da proteção penal mediante a proteção institucional ou funcional dos bens jurídicos, ampla utilização da técnica dos delitos de perigo abstrato, menosprezo patente ao princípio da lesividade ou da ofensividade, erosão do conteúdo da norma de conduta, uso do direito penal como instrumento de política de segurança, pouca preocupação com os princípios de igualdade e de proporcionalidade, para atender a uma exacerbada preocupação prevencionista, transformação funcionalista de clássicas diferenciações dogmáticas (como autoria, participação, consumação, entre outras), um crescente movimento de responsabilização da pessoa jurídica, a par da privatização ou terceirização da justiça e, por fim,

Para alcançar a meta da efetividade, profundas alterações estão ocorrendo na área do processo penal, quase sempre orientadas à aceleração do procedimento, agilização da instrução e rapidez da Justiça, com o corte de direitos e garantias fundamentais para facilitar a operatividade da intervenção penal.¹⁶²

O direito internacional procura disciplinar uma nova ordem mundial que presencia o ocaso do modelo supranacional de Kelsen¹⁶³, perspectiva de possível comprovação mediante a avaliação do presente papel protagonizado pela Organização das Nações Unidas. Emergem novos atores internacionais¹⁶⁴ e o Estado-Nação convencional parece perder espaço. A velocidade dos meios de comunicação revela problemas do mundo todo, discute-se direitos humanos num novo

¹⁶⁰ ARNAUD, André-Jean; DULCE, María José Fariñas. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Tradução de Eduardo Pellet Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 352 e ss.

¹⁶¹ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *O direito penal na era da globalização: hipertrofia irracional (caos normativo), instrumentalização distorcionante...* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 25 e ss.

¹⁶² GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *O direito penal na era da globalização: hipertrofia irracional (caos normativo), instrumentalização distorcionante...* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 32.

¹⁶³ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Empire*. 10. ed. Cambridge-MA: Harvard University Press, 2001, p. 5.

¹⁶⁴ OLSSON, Giovanni. *Relações internacionais e seus atores na era da globalização*. Curitiba: Juruá, 2003, p.150 e ss.

plano¹⁶⁵, embora, bem entendido, no ar, a pergunta a propósito de que valores referenciam os aludidos direitos, dada à comunicabilidade dos mesmos com o planisfério conceitual dos direitos naturais.

O direito ambiental equaciona o impacto do modelo capitalista com a preservação da natureza, comprovando que economia e ecologia se completam, suscitando reflexões em torno de desenvolvimento sustentável. Vive-se hoje o mundo da *astronave* em oposição ao mundo pretérito do *cowboy*; naquele nada se perde, tudo se reaproveita, nada se dissipa, nesse não havia limites para a presença do homem. O fechamento dos sistemas exige que se compreenda que as preocupações com a *ecologia* “[...] não são meramente estéticas ou de cunho ético-filosófico¹⁶⁶. Realisticamente, a questão ecológica é uma questão social, e a questão social só pode ser adequadamente trabalhada hoje como questão ecológica”.¹⁶⁷ Modelos tributários podem intervir positivamente¹⁶⁸, via implemento de incentivos e de sanções positivas, mediante exações sócio-ambientais. Problemas de soberania também emergem, por conta da internacionalização da Amazônia e de ensaio em se transformar partes de nosso território em reserva ambiental internacional. Uma estratégia epistemológica para a construção de uma racionalidade ambiental exige abordagem marcadamente interdisciplinar¹⁶⁹, fundada no respeito à vida¹⁷⁰. Agarra-se em norma constitucional que imputa como direito fundamental o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado¹⁷¹.

O direito processual persiste na tentativa de amalgamar segurança jurídica à justiça, problema que já atormentara William Shakespeare, quando da composição do *Mercador de Veneza*¹⁷². Discussões centradas em direitos individuais cedem para processos que vislumbram direitos coletivos, tudo sob forte impacto de uma nova concepção de tempo processual,

[...] nunca o tempo foi tão inimigo do processo como o é agora. Nunca a função cautelar do Judiciário foi tão utilizada, aqui e no mundo. Nunca o tempo que o juiz tem que ter para refletir sobre

¹⁶⁵ PIOVESAN, Flavia. Direitos Humanos e Globalização. SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena (coord.), *Op.cit.*, p. 195 e ss.

¹⁶⁶ NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 365.

¹⁶⁷ DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 141.

¹⁶⁸ BROWN, Lester R. *Eco-Economy: building na Economy for the Earth*. New York/ London: W.W. Norton & Company, 2001, p. 233 e ss.

¹⁶⁹ LEFF, Enrique. *Epistemologia ambiental*. Tradução de Sandra Valenzuela. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 59 e ss.

¹⁷⁰ GILLESPIE, Alexander. *International environmental law policy and ethics*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 150 e ss.

¹⁷¹ LEITE, José Rubens Morato. 2. ed. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 85 e ss.

¹⁷² POSNER, Richard A. *Law and Literature*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1998, p. 85 e ss.

determinado conflito de interesses foi tão custoso e tão demorado, tendente a inviabilizar a própria prestação jurisdicional. E a utilização da função cautelar foi determinada pela própria sociedade, modificando também o ‘velho processo’, baseado historicamente no processo de conhecimento.¹⁷³

O direito civil perde-se numa miríade de novos problemas, a propósito de questões de bioética, de antecessores genéticos, de domicílio lógico, de novas relações matrimoniais, de infidelidade virtual, tudo contraditoriamente marcado por um movimento de constitucionalização¹⁷⁴ de temas ordinariamente de topografia privatística¹⁷⁵.

O direito do consumidor apela para a cidadania como elemento fundamental da ordem jurídica¹⁷⁶, centrando a proteção das relações de consumo naquele que é ontologicamente menos suficiente. A intensidade das negociações pactuadas por meio cibernético fomenta um estatuto jurídico orientado para apreender realidades negociais em extensões virtuais. Transferências de tecnologia e planejamento industriais de grande nível¹⁷⁷, com meios eletrônicos de distribuição, a exemplo da *amazon.com*, pulverizam um dos pólos da relação de consumo, dificultando a intervenção do judiciário na correção de irregularidades.

Em todos os campos do direito, fica muito claro o impacto da globalização em questões de Estado, Nação e Soberania¹⁷⁸, com reflexos intensos na vida cotidiana, mesmerizada numa reforma institucional que nunca se implementa, porque focalizada em uma esperada consolidação democrática¹⁷⁹ de pouca factibilidade. Céticos e globalistas ainda discutem conceitos que dividem perspectivas entre aqueles que apenas acreditam em mitigada internacionalização, contrapostos por aqueles que se rendem à miragem de um mundo unido por fluxos intensos, que aproxi-

¹⁷³ BUENO, Carlos Scarpinella. Processo Civil e Globalização. SUNDFELD, Carlos Ari ; VIEIRA, Oscar Vilhena (coord.), *Op.cit.*, p. 215.

¹⁷⁴ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 109.

¹⁷⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 5.

¹⁷⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de. A Proteção do Consumidor na Era da Globalização. In LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. (coord.) *Globalização e direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 25 e ss.

¹⁷⁷ Exemplo marcante é da empresa Nike, uma das maiores produtoras de sapatos de tênis do mundo, que não produz sequer um cadarço. Segundo Claudio Henrique de Castro, seus quinze mil funcionários diretos constituem-se em uma estrutura de estratégia mercadológica, desenvolvimento de produtos e subcontratação de serviços de produção, com sua terceirização gerando noventa mil empregos indiretos. DUPAS, Gilberto, Economia Global e Exclusão Social. In CASTRO, Cláudio Henrique de. *A globalização: definição, efeitos e possibilidades no Direito*. Curitiba: Ed. I. Scherer, 2001, p. 30.

¹⁷⁸ FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 16.

¹⁷⁹ PUCEIRA, Zuleta. O Processo de Globalização e a Reforma do Estado. In FARIA, José Eduardo [org.]. *Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros Ed., 1998, p. 110.

mam povos e continentes¹⁸⁰, realizando uma utopia, qual a imagem do superlativo freudiano que analisa sonhos nunca sonhados.

REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos de Estado: notas sobre os aparelhos ideológicos de Estado (AIE)*. Tradução de Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. 2 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

ANDERSON, Perry. *O fim da história: de Hegel a Fukuyama*. Tradução de Álvaro Cabral Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1992. .

ARENDT, Hannah. *On violence*. San Diego: A Harvest Book, 1970.

_____. *The origins of totalitarianism*. San Diego: A Harvest Book, 1976.

_____. (ed.) *Walter Benjamin – Illuminations*. New York: Schocken Books, 1969. Traduzido para o inglês por Harry Zohn.

ARNAUD, André-Jean et. al. *Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito*. Tradução de Vicente de Paulo Barretto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do Estado*. Tradução de Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARNAUD, André-Jean; DULCE, María José Fariñas. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Tradução de Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ASSOUN, Paul-Laurent. *A escola de Frankfurt*. Tradução Helena Cardoso. São Paulo: Ed. Ática, 1991.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

BEARD, Charles Austin. *An economic interpretation of the Constitution of the United States*. New York: The Free Press, 1963.

BECK, Ulrich. *O que é Globalização? equívocos do globalismo: respostas à globalização*. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

¹⁸⁰ HELD, David; MCGREW, Anthony. (ed.) *The global transformations reader: na introduction to the globalization debate*. 2. ed. Cambridge, UK: Polity Press, 2003, p. 38.

- BENAYON, Adriano. *Globalização versus desenvolvimento: o jogo da empresas transnacionais – ETNs – e a periferação por meio dos investimentos diretos estrangeiros - IDEs*. Brasília: LGE, 1998.
- BERMAN, Harold J. *Law and Revolution - The formation of the western legal tradition*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1983.
- BIONDI, Aloysio. *O Brasil Privatizado - um balanço do desmonte do Estado*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BOTTOMORE, Tom. (ed.) *Dicionário do pensamento marxista*. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.
- BOXBERGER, Gerald; KLIMENTA, Harald. *As dez mentiras da globalização*. Tradução de Inês Antônio Lohbauer. São Paulo: Aquariana, 1999.
- BREISACH, Ernst. *Historiography – ancient, medieval & modern*. 2. ed. Chicago/London: The University of Chicago Press, 1994.
- BROWN, Lester R. *Eco-Economy: building na Economy for the Earth*. New York/ London: W.W. Norton & Company, 2001.
- CALVINO, Ítalo. *Seis propostas para o próximo milênio: lições americanas*. Tradução de Ivo Barroso. São Paulo: Cia das Letras, 1990.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- CASSIRER, Ernst. *The philosophy of the enlightenment*. Traduzido para o inglês por Fritz C. A. Koelln e James P. Pettegrove. Princeton: Princeton University Press, 1951.
- CASTRO, Cláudio Henrique de. *A globalização: definição, efeitos e possibilidades no Direito*. Curitiba: Ed. I. Scherer, 2001.
- CAVANAGH, John *et al.* *Alternatives to economic globalization: a better world is possible*. San Francisco: Berrett-Koehler Publishers Inc, 2002.
- CHESNAIS, François. *A mundialização do capital*. Tradução de Silvana Finzi Foá. São Paulo: Xamã, 1996.
- CHOSSUDOVSKY, Michel. *A globalização da pobreza: impactos das reformas do FMI e do Banco Mundial*. Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: Moderna, 1999.

CONNOR, Steven. *Cultura pós-moderna* – introdução às teorias do contemporâneo. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1993.

COOPER, Phillip J. *Battles on the bench: conflict inside the Supreme Court*. Lawrence, KA: University Press of Kansas, 1995.

COULTER, Ann. *Treason: liberal treachery from the cold war to the war on terrorism*. New York: Crown Forum, 2003.

COUTO, Ronaldo Costa. *História indiscreta da ditadura e da abertura*. Brasil: 1964-1985. 3. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 1999.

COWEN, Tyler. *Creative Destruction (how globalization is changing the world's cultures)*. Princeton: Princeton University Press, 2002.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *A thousand plateaus – capitalism and schizophrenia*. Traduzido para o inglês e prefaciado por Brian Massumi. 10. ed. Minneapolis/London: University of Minnesota Press, 2003.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

DINIZ, José Janguê Bezerra. *O direito e a justiça do trabalho diante da globalização*. São Paulo: LTR, 1999.

DOCHERTY, Thomas (ed.) *Postmodernism: a reader*. New York: Columbia University Press, 1993.

DONGHI, Tulio Halperin. *História da América Latina*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975.

ECO, Umberto. *The name of the rose*. Traduzido para o inglês por William Weaver. London: Picador, 1984.

FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Direito e Economia na Democratização Brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002.

FARIAS, Flávio Bezerra de. *A globalização e o Estado cosmopolita: as antinomias de Jürgen Habermas*. São Paulo: Cortez, 2001.

_____. *O Estado capitalista contemporâneo: para a crítica das visões regulacionistas*. São Paulo: Cortez, 2000.

- FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Edusp, 1995.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. 4. ed. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber*. Tradução de Luís Cláudio de Castro e Costa. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and Freedom*. 40. ed. Chicago/London: The University of Chicago Press, 2002.
- FUKUYAMA, Francis. *The end of history and the last man*. London: Penguin Books, 1992.
- FURTADO, Celso. *O capitalismo global*. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*. Tradução de Galeno de Freitas. 1. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- GERBER, Scott Douglas. *First Principles: the jurisprudence of Clarence Thomas*. New York: New York University Press, 1999.
- GIDDENS, Anthony. *A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*. Tradução de Maria Luiza Borges. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- _____. *As conseqüências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.
- _____. *Modernidade e identidade*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002.
- GILLESPIE, Alexander. *International environmental law policy and ethics*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- GILLMAN, Horward. *The constitution besieged*. Durham/London: Duke University Press, 1993.
- GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *O direito penal na era da globalização: hipertrofia irracional (caos normativo), instrumentalização distorcionante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- HABERMAS, Jürgen. *Legitimation Crisis*. Traduzido para o inglês por Thomas McCarthy. Boston: Beacon Press, 1975.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *The structural Transformation of the public sphere*. (an inquiry in to a category of bourgeois society). Traduzido para o inglês por Thomas Burger e Frederick Lawrence. 8. ed. Cambridge, MA: The MIT Press, 1996.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Empire*. 10. ed. Cambridge-MA: Harvard University Press, 2001.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 4. ed. São Paulo: Loyola, 1994.

HAYEK, F. A. *The road to serfdom*. 50. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 1994.

HELD, David. *Democracy and the Global Order: from the modern state to cosmopolitan governance*. Standford: Standford University Press, 1995.

HELD, David; MCGREW, Anthony. *Prós e contras da globalização*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

HELD, David; MCGREW, Anthony (ed.) *The global transformations reader: na introduction to the globalization debate*. 2. ed. Cambridge, UK: Polity Press, 2003.

HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. 2. ed. S.l: Europa-América, 1998.

HIRST, Paul; THOMPSON, Grahame. *Globalização em questão: a economia internacional e as possibilidades de governabilidade*. Tradução de Wanda Caldeira Brant. Petrópolis: Vozes, 1998.

HOBBSAWM, Eric. *The age of the empire—1875-1914*. New York: Vintage Books, 1989.

_____. *The age of capital – 1848-1875*. London: Abacus, 1999.

HORKHEIMER, Max. *Eclipse of Reason*. New York: Continuum, 1999.

HORKEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. *Dialectic of Enlightenment*. Traduzido para o inglês por John Cumming. New York: Continuum, 2001.

HORWITZ, Morton J. *The Transformation of American Law: 1870-1960*. New York: Oxford University Press, 1992.

HUNT, E.K. *History of economic Thought: a critical perspective*. 2. ed. New York: M.E. Sharpe, 2002.

IANNI, Octavio. *A era do globalismo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

_____. *A sociedade global*. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

_____. *Teorias da globalização*. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

IGGERS, Georg G. *Historiography in the Twentieth Century – from scientific objectivity to the postmodern challenge*. Hannover/London: University Press of New England, 1997.

JAMESON, Fredric. *A cultura do dinheiro: ensaios sobre a globalização*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

_____. *Postmodernism or, the cultural logic of late capitalism*. Tradução de Maria Elisa Cevasco e Marcos César de Paula Soares. Durham: Duke University Press, 2001.

KRAMNICK, Isaac. (ed.) *The portable enlightenment reader*. New York: The Penguin Books, 1995.

LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. (coord.) *Globalização e direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LEFF, Enrique. *Epistemologia ambiental*. Tradução de Sandra Valenzuela. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

LEITE, José Rubens Morato. 2. ed. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

LENINE, V. I. *Obras Escolhidas*. Tradução de António Pescada. Lisboa: Avante!, s.d. v.2.

LYOTARD, Jean-François. *The postmodern condition: a report on knowledge*. Traduzido para o inglês por Geoff Bennington and Brian Massumi. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1999.

MATOS, Olgária C. F. *Os arcanos do inteiramente outro: a escola de Frankfurt, a melancolia e a revolução*. São Paulo: Brasiliense: 1989.

MCCARTHY, Thomas. *The critical theory of Jürgen Habermas*. 10. ed. Cambridge, MA: The MIT Press, 1996.

MELLO, Alex Fiuza de. *Marx e a Globalização*. São Paulo: Boitempo, 1999.

MOORE, Michael. *Stupid white men*. New York: Regan Books, 2001.

MORAES, Evaristo de. *Apontamentos de direito operário*. 3. ed. São Paulo: LTR, 1986.

- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- O'CONNOR, Sandra Day. *The majesty of the law: reflexions of a Supreme Court Justice*. New York: Random House, 2003.
- OLSSON, Giovanni. *Relações internacionais e seus atores na era da globalização*. Curitiba: Juruá, 2003.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. Tradução de Maria Cristina de Cicco.
- PERROUX, François. *O capitalismo*. Tradução de Gerson de Souza. 2. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970.
- PETRAS, James; VELTMEYER, Henry. *Hegemonia dos Estados Unidos no novo milênio*. Tradução de Jaime A Clasen e Ricardo A. Rosenbusch. Petrópolis: Vozes, 2000.
- POPPER, K.R. *The open society and its enemies – The high tide of prophecy: Hegel, Marx and the aftermath*. 5. ed. London: Routledge, 1996. v. 2
- POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 6ed. New York: Aspen Publishers, 2003.
- _____. *Law and Literature*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1998.
- _____. *The Economics of Justice*. 7. ed. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1998.
- PRADO JUNIOR, Caio. *História Econômica do Brasil*. 23. ed. São Paulo: Brasiliense, 1980.
- PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.
- REALE, Miguel. *Questões de direito público*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- RENTON, David. (ed.) *Marx on globalization*. London: Lawrence & Wishart, 2001.
- RICHARD, Carl J. *The founders and the classics (Greece, Rome and the American Enlightenment)*. 4. ed. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 1991.
- RUTLAND, Robert Allen. *The democrats: from Jefferson to Clinton*. Columbia:

- University of Missouri Press, 1995.
- RUTLAND, Robert Allen. *The republicans: from Lincoln to Bush*. Columbia: University of Missouri Press, 1996.
- SABBI, Alcides Pedro. *O que é a questão da dívida externa*. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1992.
- SABBI, Alcides Pedro. *O que é FMI*. São Paulo: Brasiliense, 1991.
- SAID, Edward W. *Orientalismo – o oriente como invenção do ocidente*. Tradução de Tomás Rosa Bueno. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.
- SAMPSON, Anthony. *Os credores do mundo*. Tradução de Ruy Jungmann. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 1981.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *A globalização e as ciências sociais*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002.
- SANTOS, Jair Ferreira dos. *O que é pós-moderno?* 11. ed. São Paulo: Brasiliense, 1993.
- SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.
- SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation: federal courts and the law: an essay*. Princeton: Princeton University Press, 1997.
- SCHAFF, Adam. *História e verdade*. Tradução de Maria Paula Duarte. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, Socialism and Democracy*. New York: Harper Perennial, 1975.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SILVA, Diana de Lima e; PASSOS, Edésio. (coord.) *Impactos da globalização: relações de trabalho e sindicalismo na América Latina e Europa*. São Paulo: LTR, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: RT, 1968.
- SLOTERDIJK, Peter. *Critique of Cynical Reason*. Traduzido para o inglês por Michael Eldred. 5. ed. Minneapolis/London: University of Minnesota Press, 2001.

SMART, Barry. *A Pós-modernidade*. Tradução de Ana Paula Curado. Lisboa: Europa-América, 1993.

SMITH, Rogers M. *Liberalism and American Constitutional Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1990.

SOUZA, Jessé. *Patologias da modernidade: um diálogo entre Habermas e Weber*. São Paulo: Annablume, 1997.

SOUZA, Sérgio Alberto de. *Direito, globalização e barbárie: estudos críticos de temas de Direito do Trabalho e de Direitos Humanos sob a ótica de uma leitura não-liberal*. São Paulo: LTR, 1998.

STEGER, Manfred B. *Globalization – Avery short introduction*. New York: Oxford, 2003.

STIGLITZ, Joseph E. *Globalization and its discontents*. New York/London: W.W. Norton & Company, 2002.

SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. 2. ed. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2001.

SUNSTEIN, Cass R. *The partial constitution*. 3. ed. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1997.

TILLY, Charles. *Coerção, Capital e Estados Europeus*. Tradução de Geraldo Gerson de Souza. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1996.

TOFFLER, Alvin. *The third wave*. New York: Bantam Books, 1981.

TOMLINSON, John. *Cultural Imperialism: a critical introduction*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1991.

TOMLINSON, John. *Globalization and culture*. Chicago: The University of Chicago Press, 1999.

TÔRRES, Heleno. *Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transnacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TOURAINÉ, Alain. *Crítica da Modernidade*. Tradução de Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1994.

TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael C. *On reading the constitution*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1991.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2003.

_____. *The new constitutional order*. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2003.

UNGER, Roberto Mangabeira. *False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy*. London/New York: Verso, 2001.

UNGER, Roberto Mangabeira. *Knowledge and Politics*. London/New York: The Free Press, 1984.

UNGER, Roberto Mangabeira. *Law in modern society*. New York: The Free Press, 1977.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo. *Teoria Geral do Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

WALLERSTEIN, Immanuel. *The essential Wallerstein*. Tradução de Waltensir Dutra. New York: The New Press, 2000.

WEBER, Max. *Ensaio de Sociologia*. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982.

WHITE, Hayden. *Metahistory: the historical imagination in nineteenth-century Europe*. Baltimore/London: The Johns Hopkins University Press, 1975.

WIGGERSHAUS, Rolf. *The Frankfurt School - its history, theories and political significance*. Traduzido para o inglês por Michael Robertson. 3. ed. Cambridge, MA: The MIT Press, 1998.

OS CONTRATOS DE SEGURO E SUA FUNÇÃO SOCIAL. A REVISÃO SECURITÁRIA NO NOVO CÓDIGO CIVIL

THE CONTRACTS OF INSURANCE AND ITS SOCIAL FUNCTION: THE INSURANCE REVISION IN THE NEW CIVIL CODE

Nelson BORGES¹

RESUMO

Os contratos de seguro foram disciplinados por quarenta e quatro artigos, no Código Bevilacqua, e praticamente pelo mesmo número, no Código Reale, tendo sido normatizadas neste, inúmeras situações (mais de duas dezenas) não contempladas anteriormente. Sua função social foi acentuada, marcada que sempre esteve pela comutatividade e, principalmente, pelo mutualismo. São convenções de natureza privada que se apresentam sob o gênero execução diferida, na espécie continuada ou sucessiva, para ambas ou apenas uma das partes. Oferecem amplo espaço para revisão quando alterados por eventos normais ou anormais (CDC e CC). Devem ser considerados como pactos comutativos de garantia, já que seu epicentro se encontra equidistante de toda e qualquer aleatoriedade.

Palavras-chave: função social; comutatividade; garantia; mutualidade; revisão contratual; não-aleatoriedade.

ABSTRACT

The insurance contracts were disciplined by forty four articles in Bevilacqua Code and, by the same number of articles in Reale Code. The latter was standardized in several situations (more than two dozens) not previously observed. Their social function was emphasized and was always marked by commutability and, mainly, by mutualism. They're private nature conventions which are shown under the deferred transactional genre, within the continued or successive species, for both or just one of the parts. They offer a great field for review when modified by

¹ Advogado e Mestre pela Universidade de Londrina; doutor pela Universidade Federal do Paraná; Pós-doutor pela Universidad Externado de Bogotá, Colômbia. Professor nos Cursos de Graduação e Pós-graduação na Faculdade Estadual de Filosofia, Ciências e Letras de Cornélio Procopio-PR e Professor do programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília -SP - Unimar.

normal or abnormal events (CDC and CC). They must be considered as commutative guaranteed pacts, since their epicenter is equidistant from all and any randomness.

Key words: commutability; mutuality; guarantees; social function; contractual review; non randomness.

1. Origem e Evolução dos Contratos de Seguro

Os pactos securitários, no Brasil, sempre mereceram dos legisladores um tratamento especial e diferenciado. Foi assim no Código Bevilacqua e não fugiu à regra no Código Reale. Entretanto, de um modo geral, se comparadas as disposições do código revogado com as do Novo Código, ver-se-á que, entre todos os setores alterados, o dos seguros foi o que apresentou os mais profundos e benéficos avanços.

Depois de tecer justificadas críticas ao Novo Código, Fábio Ulhoa Coelho, na Apresentação da obra *O Contrato de Seguro*, concluiu:

Mas entre as pouquíssimas razões para celebrar a entrada em vigor do Código Reale estão as novas regras sobre o Contrato de Seguro. Ao conceituar a obrigação da entidade seguradora como a de garantir o interesse legítimo do segurado (art. 757), a nova codificação atribuiu ao contrato natureza comutativa. Espancou, de vez, a defasada concepção de que na obrigação das seguradoras haveria uma álea (como se elas não estivessem obrigadas a se organizar, empresarialmente, de modo a poder entregar ao segurado o que ele busca através do seguro: garantias). De outro lado, ao conferir à apólice a condição de documento de prova e não de constituição do vínculo contratual (art. 758), o novo Código desveste o contrato de solenidade, classificando-o acertadamente entre os consensuais. (COELHO, 2000).

Modernamente, os contratos de seguro são classificados como pactos bilaterais e comutativos de garantia, que se apóiam, fundamentalmente, no conceito da chamada divisão de riscos entre segurador e segurado. Enquanto o primeiro se responsabiliza pela indenização do segurado, em caso de sinistro, este tem a seu cargo o pontual pagamento do prêmio estabelecido.

Seus alicerces históricos podem ser encontrados no clássico caso dos comerciantes da Babilônia (século XIII) que, preocupados com os riscos da perda de camelos na travessia do deserto, firmaram contratos de garantia com outros mer-

cadores da região, de forma que o prejudicado tivesse direito a outro animal, a ser repostos pelos demais criadores, participantes daquela convenção.

Contudo, se, a ditar a fixação das coordenadas no tempo e no espaço for o absoluto rigor histórico, o registro de Silney de Souza Ferreira (2001) é bastante oportuno ao informar que já no Código de Hamurábi (1690 a.C.) se encontrava a preocupação de assegurar a reposição dos prejuízos apurados àquele que perdesse seu navio na tempestade, sob a responsabilidade de uma espécie de associação de navegadores, nascida da idéia contida no espírito que deu origem ao *mutualismo* (grupo de pessoas com interesses comuns de proteção para si ou para seus bens, por via de uma reserva econômica, tendo em vista a divisão dos riscos existentes no cotidiano), como decorrência lógica e natural da vida em grupo, assentada na constante necessidade de segurança. O *mutualismo* já era conhecido das primeiras civilizações e a história se encontra repleta de exemplos de sua prática entre os hebreus e fenícios, primeiramente, estendendo-se aos gregos e romanos, como a forma mais lógica e racional de suavizar, de forma coletiva, as perdas individuais.

Uma grande e significativa mudança foi registrada na primitiva forma de indenização: no início, os sinistros eram remediados após sua ocorrência; hoje, a prevenção das perdas é estimada por antecipação atuarial, por via de um pagamento, denominado *prêmio*, considerado como *conditio sine qua non* para a contrapartida indenizatória das seguradoras.

A principal fratura que se observou na primitiva função social dos contratos de seguro, o *mutualismo*, ocorreu na Idade Média, quando a igreja católica proibiu seu emprego, chegando ao ponto extremo de considerá-lo como sacrilégio, uma vez que, pelos cânones da doutrina cristã apenas a vontade divina poderia minorar os infortúnios e as desgraças do homem, classificando - como corolário desse raciocínio - o chamado seguro marítimo de garantia náutica como abusivo, conseqüente ao que considerou como prática usurária. O seguro então proibido era esquematizado da seguinte forma: os navegadores recebiam dos banqueiros um empréstimo em dinheiro, a ser devolvido acrescido de elevados juros, caso o navio segurado não sofresse danos ou perdas, no curso de sua viagem; se algum acidente ocorresse, o navegador ficaria de posse do empréstimo, sem qualquer contrapartida.

Silney de Souza destacou:

Com a proibição do seguro marítimo pelo Papa Gregório IX, um criativo mecanismo entrou em ação. Os banqueiros passaram a “comprar” o navio e a carga. Ocorrendo o sinistro (algum acidente ou perda no percurso) os navegadores ficavam com o dinheiro e o banqueiro com o prejuízo. Se, ao contrá-

rio, nada acontecesse nem com a carga nem com o navio, o navegador rescindia o contrato de venda, ficando com o bem, mas pagando uma multa (equivalente aos juros sobre o capital cobrado anteriormente à proibição). (SOUZA, 2001, p. 4).

Com tais antecedentes, em aligeirada visão sobre suas origens, é possível afirmar que o seguro marítimo tem sido considerado como o mais antigo nesse gênero e base para muitos outros, responsável pela criação das *sociedades de banqueiros* que, com o tempo, se transformaria em *sociedades seguradoras*.

No ano de 1667, um incêndio destruiu mais de 13.000 casas, a catedral de Saint- Paul e quase acaba com a cidade de Londres. Em 1684, surgiu a primeira companhia de seguros do mundo contra incêndio, na própria Inglaterra, seguido do seguro de vida. Em 1690, em uma taberna, foi fundada a Lloyd's inglesa, a primeira companhia de seguros do mundo que, curiosamente, entre outros segurados famosos, assinou contrato para garantir a travessia do Titanic.

Em 1789, veio à luz o primeiro Código Uniforme de Seguros, embrião do que viria a ser a normatização, em todo o mundo, das regras destinadas à disciplina daqueles contratos.

No Brasil, embora as primeiras normas sobre o tema datem de 1665, a criação da primeira seguradora do país, Companhia de Seguros Boa Fé, sediada na capital baiana, deu-se apenas em 24 de fevereiro de 1808, com a chegada de Dom João VI e a da família real portuguesa.

Sua primeira regulamentação constou do Código Comercial de 1850, limitando-se a cobrir navios e cargas, passando a ser disciplinado pelo Código Civil a partir de 1916, já sem o pagamento prévio pela seguradora, como constava em sua origem.

Marcello Teixeira Bittencourt (2000, p. 21) esclareceu que o contrato de seguro:

[...] é o acordo de vontades firmado entre as sociedades de seguro (seguradoras) e o consumidor (segurado), cujo objetivo é a promessa de uma prestação futura pela seguradora (indenização), mediante pagamento de uma quantia pecuniária pelo segurado (prêmio), em face da ocorrência de um risco coberto pela apólice. (BITTENCOURT, 2000, p. 21).

É oportuno destacar que as contratações securitárias só têm razão de ser quando o risco é praticamente suprimido por via de sua diluição na *mutualidade*. Por tal prisma, constata-se que, a rigor, não existe assunção de risco direto por parte da empresa seguradora, mas, apenas responsabilidade pela segurança da ou-

tra parte, consubstanciada na garantia de sua indenização, na ocorrência do sinistro.

Em síntese, os contratos de seguro são verdadeiras redes jurídico-econômicas de proteção que objetivam amparar os contratantes quando em confronto com os riscos a que estão sujeitos na vida diária.

2. Função Social dos Contratos de Seguro e o Novo Código

O Novo Código Civil dispôs em seu artigo 421: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Quando a Constituição Federal, em seus artigos 182 e 184, fez referências (pela primeira vez em um texto constitucional) à *função social da propriedade*, importantes passos foram dados em direção à tão desejada Socialização do Direito ou ao seu correlato mais importante: a repersonalização do homem.

Talvez uma das primeiras idéias da função social dos contratos tenha surgido com a própria atividade mercantil do homem que, na era das navegações, trazia do outro lado do mundo tudo o que lá era abundante para trocar aqui pelo que lá era escasso, e aqui, não. Dessa primeira forma de contratação (permuta) surgiu entre os povos que negociavam o interesse pela língua, costumes, religião, culinária, vestuário, sendo que, a princípio, a função social dos pactos definiu-se pela aproximação dos homens e circulação de bens e riquezas.

Destaque-se que o princípio (agora normatizado no Art. 421) guardou estreita relação com as disposições da vigente Constituição Federal e seguiu suas linhas mestras, sendo uma das razões da expressão “Direito Civil Constitucional”, cujo objetivo maior foi o de disciplinar os desmandos e injustiças cometidas contra os hipossuficientes, sem, contudo, lhe tirar o caráter eminentemente privatístico.

Acrescente-se que, embora pelo prisma da Socialização do Direito o balizamento normativo da função social seja louvável, não chegou a ser propriamente uma novidade, uma vez que a liberdade de contratar nunca foi ilimitada. Doutrina e jurisprudência já haviam traçado coordenadas operacionais no campo do contratualismo, assentadas, principalmente, na *ordem pública* e nos *bons costumes*.

É importante destacar que até certo ponto o dispositivo conflitou com a chamada “relatividade das convenções ou dos efeitos contratuais”, presentes na principiologia clássica (ao lado da *autonomia da vontade* e da *intangibilidade dos pactos*). Isso porque, no Código revogado, os efeitos contratuais ocorriam apenas entre as partes e, no Novo Código, isso não se verificou, conseqüente à

nova dimensão conferida aos efeitos reflexos da contratação. Mas, isso já fora adotado pelo Código de Defesa do Consumidor, quando praticamente extinguiu a igualdade entre os cidadãos. Assim, ainda que o Direito Civil haja estabelecido o princípio do efeito relativo dos contratos, o CDC simplesmente o ignorou ao atribuir responsabilidades ao fabricante, ao distribuidor, ao comerciante, ao titular de marca, isto é, às partes que não celebraram qualquer pacto com o consumidor. E mais: naquele Código foi outorgado o direito de ação – além daquela conferida ao consumidor - ao usuário, e às associações de consumidores, partes que também não se vincularam contratualmente aos fornecedores ou prestadores de serviços (Art. 81 e seguintes).

Adite-se que a idéia de proteção a terceiros (efeitos reflexos da contratação), contida na expressão “[...] em razão e nos limites da função social [...]”, já havia sido consagrada pela doutrina e jurisprudência pátrias, não como regra geral e com as pretensões longitudinais de agora, mas apenas como exceção, assentada fundamentalmente na equidade.

Parece estar fora de dúvida que o direito do terceiro que se sentir prejudicado intervir no processo, além de normatizar uma postura consagrada pelos juristas e tribunais, equiparou, neste aspecto, os contratos privados aos administrativos que, por sua natureza, têm como principal objetivo o interesse social, trazendo, *ipso facto*, uma salutar restrição à liberdade de contratar, que sempre se constituiu na *ratio essendi* dos contratos privados.

Embora hoje não tenha mais a força que lhe foi conferida pelo artigo 1.134² do Código Civil francês (1904), o princípio *pacta sunt servanda* ainda é um dos vetores importantes da contratação, razão por que talvez a função social devesse ser considerada apenas como um limite para os efeitos do contrato e não – como pretendeu o artigo 421 – sua razão de ser. Neste aspecto só o tempo poderá dizer do alcance da pretensão legislativa, coadjuvada pelo trabalho de lapidação doutrinária e jurisprudencial.

Procurando dar uma idéia da motivação que levou o legislador a esculpir o Artigo 421, Olímpio Costa Júnior explicou que:

[...] se as normas jurídicas são regras de conduta, o sistema jurídico de Direito Positivo é o conjunto sistemático de normas que regulam situações da vida social, da conduta humana em sua interferência intersubjetiva, seja direta ou indireta. Direta quando envolve sujeito de direito e deveres correlatos, indireta

² Artigo 1.134 do Código Civil francês:

“Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux que les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.”

quando se refere reflexivamente a terceiros. (COSTA JÚNIOR, 1994, p. 10).

Como sublinhou Lorenzetti (1998, p. 461), a proteção jurídica do indivíduo trans-cende a individualidade; é o homem e sua circunstância (relembrando Ortega y Gasset). Esta última é um território confortável, sadio e seguro, que a organização social atual não garante sem uma demonstração jurídica.

Em trabalho publicado pela Malheiros Editores (BORGES, 2002), em considerações sobre as idéias do professor Luiz Edson Fachin (1998, 115-145), registrou-se a ênfase por ele dada ao tema, quando disse que

[...] urge a revalorização da confiança como *conditio sine qua non* para se repensar o Direito Civil brasileiro na atualidade, buscando recentralizar as relações jurídicas em torno da pessoa. Mais em sua condição de ser humano, do que em seu patrimônio.

Observou o mesmo autor que:

[...] o tema confiança não pode ser confinado a um incidente de retorno indevido ao voluntarismo do século passado, nem é apenas um legado da Pandectística, postulado básico do direito privado. Pode estar além de sua formulação inicial essa temática se for posta num plano diferenciado de recuperação epistemológica. (BORGES, 2002).

Em seu projeto “A Virada de Copérnico” - um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporâneo, Fachin desabafou:

Assim nos alimentamos do tormento de saber pouco e por isso não temos o direito de viver em paz. Sabemos, porém, que o Direito (como um todo, e o Direito Civil, em particular) não é somente isso que está aí. (FACHIN, 1998, p. 318).

O fenômeno da repersonalização do direito - lembrou Cortiano Júnior (1998, p. 53) - vai se impondo como uma resposta à ordem criada e que não mais se encaixa na moldura dos fatos, e tampouco na esperança dos homens. O direito - concluiu - não está apenas centrado funcionalmente em torno do conceito de pessoa, mas também seu sentido e finalidade são a proteção da pessoa.

Encerrando estas breves digressões sobre a Socialização do Direito, ou Repersonalização do Homem, fontes que formam o caudal chamado de Função Social do Direito, as paradigmáticas considerações do já citado professor Fachin

sobre a verdadeira natureza das contratações devem ser trazidas a esta colação: “Sabe-se que quem contrata não contrata mais apenas com **quem** contrata, e quem contrata não contrata mais apenas o **que** contrata; há uma transformação subjetiva relevante nos negócios jurídicos.” (grifos nossos).

Os elementos representativos da função social dos contratos de seguro residem na comutatividade e, principalmente, na mutualidade. A esses elementos - já, então, compondo os alicerces de sustentação dessa forma de convenção - devem ser acrescentados, ainda, o risco e a boa-fé, identificada esta última como a “alma da contratação”.

Embora a tendência das pessoas que já encontraram dificuldades no trato com as Seguradoras seja a de não reconhecer que aqueles pactos desempenham relevante papel no contexto societário, há muitos séculos, equiparando aos bancos as empresas especializadas nesse ramo - injustamente, diga-se - a realidade de nossos dias vem apontando, cada vez mais, para o sentido contrário.

Em seu *Vocabulário Jurídico*, com bastante propriedade Plácido e Silva forneceu uma idéia de mutualidade

[...] derivado de mutual (recíproco), exprime o regime de cooperação adotado em certas espécies de sociedades, em que os próprios sócios são aqueles que se inscrevem para concorrer aos benefícios distribuídos pela sociedade. Nelas, assim, em princípio, não há capital: este será composto pelas reservas constituídas pelos lucros da sociedade que, não possuindo sócios, não os distribui. Aos sócios dela, que são precisamente as pessoas que tomam inscrição para concorrer aos seus benefícios, em regra constante de seguros, construções de prédios, dá-se o nome de mutualistas. (SILVA, 1986, p. 483).

É indispensável destacar que mutualismo - além de implicar, no plano subjetivo, na idéia de solidariedade - induz, de pronto, sob o prisma objetivo, a concepção de um agrupamento sujeito aos mesmos riscos ou perigos, com as mesmas probabilidades de dano, razão da associação e formação de um colegiado aparelhado para o enfrentamento de eventuais prejuízos que possam sofrer os chamados mutualistas. A função da companhia seguradora será apenas de gerenciar o fundo previdenciário, de natureza eminentemente comunitária, verdadeira poupança coletiva, constituída pelos participantes por via do recebimento e gestão dos prêmios estabelecidos, pagando as indenizações devidas, depois de regularmente processadas e comprovadas suas legitimidades, recebendo uma remuneração por esse serviço.

Sérgio Cavalieri Filho esclareceu que:

[...] o segurador moderno é um administrador de fundos mutuals; a rigor, não entra com dinheiro próprio para cobrir ou garantir riscos dos outros, mas, sim com o trabalho, técnica e experiência capazes de propiciar adequada gestão a esses fundos. A mutualidade, portanto - e essa é outra idéia-força - é suporte econômico essencial em toda operação de seguro; haverá sempre um grupo de pessoas expostas aos mesmos riscos que contribuem, reciprocamente, para reparar as conseqüências dos sinistros que possam atingir qualquer uma delas. (CAVALIERI FILHO, 1998, p. 86).

Em complementação, Cavalieri Filho (1998, p. 86), analisando a posição da seguradora nessa relação jurídica, de sua condição de mera administradora de um monte previdenciário, nascido - repita-se pela importância - da idéia básica de um mutualismo, de uma visão social basicamente solidarista, voltou a insistir:

O segurador nada mais é que um garante do risco do segurado, uma espécie de avalista ou fiador dos prejuízos que dele podem decorrer. Tão forte é essa garantia que é costume dizer que o seguro transfere os riscos do segurado para o segurador. Mas na realidade, não é bem isso o que acontece. O risco, de acordo com as leis naturais, é intransferível. Com o seguro ou sem seguro, quem continua exposto a risco é a pessoa ou coisa. É o operário que trabalha na máquina perigosa ou lá no andaime no 10º andar de uma obra; é o carro que circula numa cidade infestada de ladrões; é a pessoa que vive numa cidade violenta e assim por diante. O que o seguro faz é transferir as conseqüências econômicas do risco caso ele venha a se materializar em sinistro. O segurado compra a sua segurança mediante o pagamento do prêmio de seguro. Que segurança? De natureza patrimonial, pois sabe que, se ocorrer o sinistro, terá os recursos econômicos necessários para reparar seu prejuízo e recompor seu patrimônio. (CAVALIERI FILHO, 1998, p. 86).

Considerado por Fábio Ulhoa Coelho, na Apresentação da obra já referida, como o “[...] grande líder do Direito do Seguro no Brasil, estimulador e fundador do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro (IBDS), organizador de congressos, seminários, cursos e jornadas da mais elevada qualidade e técnica operacional”, Ernesto Tzirulnik trouxe também seu contributo:

O Segurador é o administrador de um fundo coletivo, formado pela pluralidade de segurados expostos a riscos homogêneos, visando a garantir cada uma das unidades. A prestação devida pelo segurador desde cada vinculação é a garantia de que, realizando o risco previsto, haverá um aporte capaz de indenizar o dano daí decorrente, obviamente na medida dos limites de garantia desejados, quando da adesão individual ao vínculo geral securitário. (TZIRULNIK, 2001, p. 58).

E prosseguiu:

Essa concepção, que já tantas vezes ressaltamos para evitar o encarceramento da relação contratual individualista da relação necessariamente social mutualística que se ergue por detrás da capa contratual, tem, como vimos, o endosso da doutrina especializada, consta de diversos sistemas de direito positivo e repercute na jurisprudência. (p. 59)

A idéia da função social do Direito não é nova. Ao longo dos tempos, os mais renomados juristas formularam doutrinas em busca de uma Socialização do Direito que, infelizmente, até hoje não logrou total repercussão, uma vez que o emprego utilitário da ciência jurídica - menos importante na repersonalização do homem, de sua colocação no centro do sistema ou, ainda, da atribuição do devido valor aos bens e ao patrimônio - tem se sobreposto à sua função ideológica que, no campo das obrigações, acenderia a luz de advertência aos contratantes para relembra-los, constantemente de que, hoje, aquele que contratou, não mais o fez apenas com **quem** contratou e que o objeto da convenção não se restringe mais apenas ao **que** se contratou, porque a solidariedade estará sempre a exigir um pouco mais dos participantes, como advertiu Fachin, com toda propriedade.

Nesse diapasão, paradigmática foi a definição de contrato apresentada por Carlos Cossio quando disse que “[...] un contrato comienza y termina como conducta compartida dentro de un mismo proyecto de existencia que ambas partes han coproyectado”. (COSSIO, 1961, p. 41).

Ao longo dos tempos, muitas doutrinas surgiram, em todo o mundo, procurando despertar o homem para a solidariedade que deveria haver nas contratações, uma vez que além das partes implicadas, não raras vezes se encontra, subjacentemente, o interesse de terceiros (e mesmo do próprio grupo societário), hoje normatizada no artigo 421 do Novo Código Civil brasileiro. Nessa linha pode ser incluído o Solidarismo, de Louveau (1937, p. 15-16), ao procurar demonstrar que as partes contratantes não deveriam se postar como ad-

versários, mas sim como “companheiros associados”, com vistas à obtenção de um fim, por eles determinado, de comum acordo. Também os Vínculos Sociais, de Emílio Betti, soam no mesmo diapasão e acorde, assentados na tese de que o direito das obrigações deveria sofrer uma releitura e, conseqüentemente, ser traduzido como vínculos de cooperação social, idéia inicialmente desenvolvida por Ferrera, na década de 30.

No trabalho citado, ao analisar a doutrina de Emílio Betti (apud BORGES, 2002) apresentou-se oportunidade de dizer:

Quando se fala em cooperação social, a primeira idéia que surge é a de auxílio mútuo no âmbito do comportamento societário. Neste sentido, a conclusão óbvia que se impõe é a de que no universo obrigacional o titular de um direito creditório não tem condições de satisfazer seus interesses sem a colaboração do devedor, e vice-versa . (p. 232).

Ramón Badenes Gasset e Luiz Alberto de Carvalho Fernandes (1963, p. 128-129) - referidos pelo último - foram os grandes responsáveis pela teoria da Socialização do Direito, também conhecida como de Cooperação Social. A concepção tinha como fulcro o viver com intensidade a existência em sociedade, deixando em segundo plano os interesses particulares, colocando acima de tudo os superiores reclamos do objetivo societário. Disseram seus autores que a justiça da doutrina surgiu na consciência como via de inspiração imperativa em muitos casos práticos, ainda que permanecessem ocultas as razões técnico-jurídicas de sua sustentação, às quais se poderia chegar por simples intuição.

Para Carlos Cossio (1961, p. 32), jurista argentino, autor da *Teoria Ecológica do Direito*, todo contrato se encontra em uma determinada situação porque a existência humana está ontologicamente ligada a ela. A confirmação da assertiva pode ser obtida por via da simples tentativa de desvincular o homem - ou o contrato - do contexto situacional em que ele se encontre e, em seguida, pretender interpretá-lo ou aplicá-lo. De imediato se constatará ser essa uma verdadeira missão impossível.

A doutrina de Cossio é de natureza fenomenológica (porque estrutura da consciência na constituição dos objetos) e cultural (por ser resultante de um conhecimento transmitido), considerada como uma das grandes formulações no campo do solidarismo, consubstanciou, em alto nível, a Socialização do Direito.

A existência de dois elementos fundamentais nos contratos de seguro parece ser a prova definitiva de sua função social, desde que foram criados: a comutatividade e o mutualismo.

Na comutatividade sempre se encontrou inserta uma louvável preocupação com o equilíbrio das prestações - mesmo no plano subjetivo - de forma que os contratantes pudessem, tanto quanto possível, se sentir seguros quanto ao fato de que a prestação de um deveria encontrar correspondência na contraprestação do outro.

Tzirulnik elucidou:

A comutatividade do contrato tem por base justamente o reconhecimento de que a prestação do segurador não se restringe ao pagamento de uma eventual indenização (ou capital), o que apenas se verifica no caso de sobrevir lesão ao interesse garantido em virtude da realização do risco predeterminado. Tal prestação consiste, antes de tudo, no fornecimento de garantia e é devida durante toda a vigência material do contrato. A comutação ocorre entre prêmio (prestação) e garantia (contraprestação). (TZIRULNIK, 2003, p. 30).

No mutualismo (*ratio essendi* das contratações securitárias), sempre existiu um alargamento implícito e consentido da responsabilidade e dos interesses de quantos fizessem parte do grupo, de tal sorte que a efetiva e pontual contribuição de cada um para a formação do fundo previdenciário solidificasse e energizasse a garantia de todos. O curioso da mutualidade é que uma empresa seguradora poderá ter cinquenta mil associados, estar em plena atividade na mais perfeita e acabada regularidade atuarial de pagamentos dos prêmios mensais, sem que nenhum dos participantes tenha conhecimento - ou precise ter - da existência do outro, na comprovação da existência da mais elementar boa-fé, implícita na adesão silenciosa e não questionada das partes contratantes. Por esse prisma, fica bastante aclarado que não existe seguro de uma só pessoa com uma empresa seguradora, porque, nessa hipótese, haveria a supressão de um de seus alicerces e principal elemento, que é sua natureza mutual.

3. Revisão dos Contratos de Seguro

Ainda que fossem - e não são - considerados como aleatórios, os contratos de seguro comportariam revisão, como efeito da ação de evento anormal (aplicação da Teoria da Imprevisão, hoje disciplinada pelos Artigos 317, 478, 479 e 480 do Novo Código), desde que identificados seus pressupostos de admissibilidade, além da que já se encontra normatizada (Art. 6º, V, do CDC), para o emprego em situações de alterações contratuais, provadas por acontecimentos normais da contratação.

Os contratos aleatórios ocupam no campo do contratualismo uma posição única e por tal motivo enquadram-se em uma classificação ímpar, trazendo em seu contexto três áleas distintas e independentes, nas quais os incidentes de percurso que atingem a contratação podem ser classificados em *normais*, *sui generis* e *anormais*.

Como linha de princípio, todo contrato contém uma *álea normal* na qual devem ocorrer os eventos próprios da contratação. Quando as partes celebram um pacto de execução diferida, acompanha-as a consciência plena de que, com a vinculação, assumem determinados *riscos* e todos eles encerram uma idéia probabilística. De início, no âmbito da *álea normal*, a contratação infunde a convicção de que em seu curso regular poderá haver transformação de uma incerteza em certeza, mas perfeitamente mensurável, intrinsecamente ligada aos mecanismos de proteção processual. Nesse passo, o locador sabe que seu locatário poderá desviar a finalidade da locação, deixar de pagar os aluguéis, causar danos ao imóvel, sublocá-lo sem consentimento, não pagar os encargos devidos, enfim, descumprir qualquer das cláusulas contratuais, tudo dentro de um espectro de *riscos previsíveis*. Se as ocorrências supervenientes provocadas pelo locatário forem previsíveis, a alteração que trará à pretensão do locador poderá ser minimizada pelos mecanismos de defesa, de proteção das partes, constantes da própria lei, seja pela propositura da retomada e ou cobrança de aluguéis, estabelecidos justamente para fazer face à probabilidade inicial, de caráter subjetivo, então transformado em objetivo.

É imperioso estabelecer que nos contratos aleatórios esse campo apresenta características diversas, uma vez que a obrigação de uma das partes - ou mesmo de ambas - já nasce impregnada pela dúvida, pela incerteza, seja pela indeterminação quanto à ocorrência dos fatos previstos contratualmente, quanto à sua data, local, meios, forma de execução ou qualquer outra condição intrínseca que componha a obrigação.

No entendimento de Castro Mendes (1978, p. 747), um contrato é considerado aleatório quando tem como característica a incerteza ou álea, que se define por um fato incerto quanto à sua verificação e/ou quanto ao momento de sua constatação.

Diante da possibilidade de efetivação de fato incerto é que nasceu o nome *alea-tório*, aplicado a contratações que apresentavam uma álea (dúvida, incerteza quanto à efetiva ocorrência), por que se encontravam condicionadas ao fator sorte, a eventos futuros que podiam ou não ocorrer, diversamente dos *pas de deux* que se coreografavam nos palcos securitários, porque assentados em objeto determinado, previamente estabelecido pelos contratantes: a garantia indenizatória.

Em sua origem latina (e foi dessa forma que os ordenamentos jurídicos em todo o mundo o aceitaram) o termo *aleatório* significou toda situação em que se identificasse a probabilidade de perda, concomitante com a de lucro (o dado de jogar é um bom exemplo) ou, de forma mais sintética, que estivesse ao sabor da “*sorte*.” A tal propósito, lembre-se César ao atravessar o Rubicon: “*Alea iacta est.*”

Como regra geral, os contratos de execução diferida possuem uma álea normal de previsão de riscos, conhecida como campo natural de ocorrências possíveis, sobre o qual não pairam dúvidas nem há incertezas e para o qual a lei prevê alternativas. Nele, as inexecuções contratuais podem ocorrer ou não, independentemente do fator “*sorte*”. Entretanto, paralelamente a esse “*espaço*” em que medra a álea normal dos pactos, um outro campo existe no qual os chamados acontecimentos anormais surgem e se desenvolvem, trazendo efeitos que só podem ser minimizados pela utilização do mecanismo revisional que, atualmente, a lei coloca à disposição das partes (Art. 317, 478 a 480 do CC), uma vez que, aprioristicamente, se identificam - em todos os pactos de execução diferida - duas áleas perfeitamente diferenciadas, que são a comum, ou normal e a incomum ou anormal. Nas primeiras, os acontecimentos são perfeitamente previsíveis quando do ato vinculativo; nas últimas, totalmente imprevisíveis, uma vez que os incidentes de percurso então identificados não fazem parte do cotidiano, sendo considerados, portanto, extraordinários.

Para essas situações (normalidade e anormalidade) as soluções já se encontram normatizadas. No que tange aos aleatórios, corporificam eles uma exceção com características diferenciais acentuadas, e, portanto, não seguem a regra mencionada. Além das discutidas áleas normal e anormal, possuem uma outra, caracterizada pela possibilidade de surgimento de evento também, assentado na futuridade, especificamente quanto à efetiva configuração do fato, mas perfeitamente previsível, porque identificado contratualmente, postado no campo incomum da incerteza, de natureza *sui generis*, portanto. Entretanto, embora marcada pela imprecisão, essa álea hegemônica de fatos duvidosos, ao contrário do que se pensou por muito tempo, não tem a faculdade de suprimir as que naturalmente existem em qualquer convenção diferida (normal ou anormal). Apenas a ela se sobrepõe de forma temporária nessas contratações, corretamente chamadas de aleatórias, afastando momentaneamente suas atuações, para possibilitar a atividade daquelas convenções de gênero próprio e específico, marcadas pela indeterminação, causa direta da suspensão provisória de suas eficácias. E isso ocorre porque, no subsolo do pacto permanece, por todo o tempo da contratação, em estado hibernar, as áleas comum e incomum dos acontecimentos e, até a extinção do contrato, ali se mantêm. Em síntese: as áleas comum e incomum dos contratos de execução diferida, não se subsumem à *sui generis* dos

aleatórios. Com eles convivem, apenas cedendo-lhes titularidade e espaço de atuação. A rigor, o que existe é nada mais do que o surgimento de uma outra álea e não, como se pensou, um desaparecimento, ou alargamento, ou ainda uma substituição das primitivas. Estas continuam a existir e se conservam em estado hibernar, passivo, latente enquanto presente a possibilidade de efetivação dos eventos duvidosos previstos contratualmente na convenção excepcional, à espera de convocação.

E sua aferição é extremamente simples: se no contrato aleatório o incidente de percurso for de natureza certa, invariável (como os que podem ser previstos dentro de uma normalidade contratual), recairá sobre a álea comum; se for anormal, na álea incomum; e se a incerteza da prestação for a coordenada maior, na álea *sui generis*. E mais: esses três incidentes de percurso, de naturezas distintas e específicas, poderão ocorrer ao longo de uma contratação aleatória, cada um a seu tempo (ou até ao mesmo tempo, porque de gêneses diferenciadas), sem que a atuação de cada um deles possa interferir nas áleas dos outros. Em síntese: é a natureza do evento que fornece as coordenadas para a seleção do campo de atuação, não sendo de boa política jurídica quaisquer engessamentos classificatórios apriorísticos.

Em reiteração: se o evento for de natureza previsível, a álea convocada para atuação será a normal ou comum; se imprevisível, a incomum ou anormal, e se vier cercado pela dúvida quanto à prestação de uma ou ambas as partes, atingirá a álea *sui generis* da convenção, ficando estabelecida assim, a indiscutível existência de três áleas hegemônicas e independentes nas chamadas contratações aleatórias.

É possível afirmar com toda a segurança: sempre será possível revisar um pacto aleatório, seja ele alterado por causas normais ou anormais. A Teoria da Imprevisão sempre será aplicável a essas contratações, desde que o evento alterador da base contratual não se relacione com sua álea específica de incertezas; se àquela álea estiver ligado, seu emprego estará afastado.

A prevalência da tese até aqui exposta e desenvolvida (três áleas distintas nos pactos aleatórios) condiciona-se estreitamente à aceitação e absorção de que álea nada mais é do que o “espaço” (em sentido metafórico e em plano subjetivo) no qual os fatos se desenvolvem. O próprio Direito tem seu lugar no campo das ciências humanas e pode ser compreendido como um “espaço” específico, epistemologicamente estruturado. O Direito é algo que ocorre - e se comprova - no tempo, de natureza nem imaginária nem virtual, que se tem valido de expressões como terreno, campo, plano, linha de fuga, instância e mesmo espaço. Ao serem aplicados termos espaciais a objetos e relações históricas - como é sabido - adentra-se o terreno das metáforas. Dessa forma, *espaço e tempo*, dentro ou fora de um contrato, quando ligados à percepção de objetos físi-

cos, ficam reduzidos a intuições puras que situam em algum lugar ou instante as coisas que compõem a experiência humana. Isso porque, perceber significa aferir no *espaço* e no *tempo*, isto é, atribuir ao objeto lugar e instante. Por esse ângulo, no universo do contratualismo - e também fora dele - existirá sempre um espaço conceitual, tanto para fatos previsíveis (normais ou *sui generis*) como imprevisíveis que, embora sendo uma metáfora, não representa uma realidade tridimensional, como exposto pela geometria euclidiana. É uma metáfora que não se queda inerte, porque ativa e plena de significados e conceitos, já que seu conteúdo nada mais é do que o conjunto de relações entre os elementos nela representados. Em síntese: o espaço metafórico conceitual destinado à efetivação dos riscos contratuais, de qualquer natureza, será sempre o mesmo, pouco importando quando e onde ocorra (dentro ou fora do contrato), acionando sempre um campo específico de atuação ou (por que não?) até mesmo mais de um.

4. Contratos de Seguro: Pactos Comutativos de Garantia, sem qualquer Aleatoriedade.

Os contratos de seguro (como igualmente os Planos de Saúde, uma vez que neles também não existem qualquer aleatoriedade, conseqüente ao objeto certo e identificado da contratação que é a assistência à saúde, em todos os seus aspectos, mediante o pagamento de um “prêmio” previamente estabelecido), no campo classificatório, enquadram-se no gênero execução diferida, na espécie continuada ou sucessiva, em estreita correlação e dependência com a modalidade estabelecida para pagamento dos prêmios (à vista ou a prazo), livremente estabelecida pelas partes. Assim, se a prestação do segurado for à vista, subsistirá como diferida apenas a obrigação da seguradora - que se renova a cada instante - normalmente pelo prazo de doze meses, definindo-se a contratação diferida como inserta na modalidade em que uma das partes presta no ato da vinculação e a outra só irá contraprestar no curso da execução, princípio, meio ou fim, mas sempre condicionada à ocorrência do sinistro; se o pagamento dos prêmios pelo segurado for dividido em prestações mensais (como é mais comum), o que se terá será a mesma execução diferida apenas com a diferença de que ambos irão cumprir suas respectivas obrigações no futuro, mas em tempos diferentes: o segurado, todos os meses, em datas prefixadas na contratação; a seguradora, apenas diante da comprovada ocorrência do sinistro e, logicamente, do regular cumprimento das obrigações assumidas pela outra parte. Enquanto isso, permanece latente e viva a garantia da indenização que, de resto, representa a essência do objeto da relação contratual securitária.

A aleatoriedade dos contratos de seguro por muito tempo foi a corrente dominante na doutrina brasileira. Entenderam seus defensores que o caráter de

incerteza, a dúvida contida na ocorrência ou não do sinistro é que deveria ser o objeto da contratação. Este, conseqüente a seu caráter indeterminado, deveria ser classificado como aleatório, uma vez que a álea - que a tudo se sobrepunha - assentava-se na “sorte”, na imprecisão dos fatos (ocorrência ou não do sinistro), única razão de ser da contratação, postura então aceita majoritariamente pelos nossos juristas. Essa visão distorcida e pouco fiel à verdadeira identificação sobre qual seria o real objeto da convenção, aos poucos perdeu sentido e espaço, podendo, hoje, ser afirmado com absoluta segurança: os contratos de seguro, por sua natureza, são pactos comutativos de garantia. A comutatividade e a mutualidade neles contida leva a essa conclusão, sem grande esforço. O que houve, na velha concepção, foi nada mais do que um desvio do real enfoque sobre qual seria o verdadeiro objeto daquelas convenções. Isto é certo: não é a ocorrência ou não do sinistro que dá corpo e alma ao objeto da contratação, mas, sim, a garantia da indenização, que é constante e imutável ao longo de toda a vida contratual. A verdade incontestável - e essa tese é vencedora há décadas - é a de que a seguradora contrapresta no momento em que celebra o contrato. E isso pode ser observado nas convenções securitárias ao ser determinado por elas, prazos fixos e determinados para o início da segurança, da garantia contratada. E isso se constata na diligente preocupação dos corretores em informar que mesmo depois de assinado o contrato, a validade da cobertura só se inicia a partir da meia noite daquele dia. E essa garantia, essa segurança, vai existir ao longo da contratação, independentemente da ocorrência ou não do sinistro que, a rigor, nada mais é do que o ponto de referência, a efetiva pedra de toque para o desencadeamento do processo indenizatório.

A propósito dessa segurança, Sérgio Cavalieri Filho observou:

Essa segurança é mais importante para o segurado do que a própria indenização a que eventualmente terá direito. Quem faz um seguro de vida, por exemplo, não fica torcendo para morrer logo só para que seus dependentes recebam a indenização. Ele quer viver o máximo possível (a menos que não esteja em são juízo), mas quer também a certeza de que se faltar os seus dependentes não ficarão no desamparo. Quem faz um seguro de vida não busca ficar doente só para passar alguns dias internado em um hospital. Se fosse num hotel de cinco estrelas, tudo bem, não é verdade? Mas num hospital? O que o segurado busca é a garantia de que se ficar doente terá todas, as condições econômicas e materiais para se tratar - internação hospitalar, médicos, cirurgia etc. O mesmo ocorre com quem faz seguro de automóvel. Não fica torcendo para que seu veículo seja roubado só para ter a satisfação de receber um cheque da seguradora. Em todos esses

casos o que o segurado quer é tranquilidade, segurança e a garantia de que, se os riscos a que está exposto se materializarem em sinistro terá condições econômicas de reparar as conseqüências. (CAVALIERI FILHO, 1998, p. 87).

E se alguma dúvida ainda restasse de que os pactos securitários são convenções comutativas de garantia, o Artigo 757 do Novo Código Civil de imediato a dissiparia: “Pelo contrato de seguro o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a GARANTIR interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados”. (grifos nossos).

André Paul Crepeau - citado por Tzirulnik (1998, p. 53) - observou:

Dans l’ordre contractuel, l’obligation de garantie est moins rare qu’on ne le laisse croire. Un bon exemple est, sans doute, celui du contrat d’assurance où l’obligation de garantie se retrouve à l’état pur’ puisque c’est le but même de l’assurance d’assumer le risque des accidents. (CREPEAU *apud* TZIRULNIK, 1998, p. 53)

Em outra obra, Tzirulnik sublinhou:

É indispensável a advertência sobre a comutatividade do seguro, pois se a obrigação da seguradora é prestar garantia, logo ela o faz desde o início da relação contratual, com base nas finanças colhidas junto à coletividade de segurados, nos ativos que imobiliza para assegurar a solvabilidade da empresa que exerce, em geral e, também, em relação a cada contrato que celebra. E não, essencialmente, pagando ou deixando de pagar determinada indenização. (TZIRULNIK, 2001, p. 43).

Ao negar a aleatoriedade nesses pactos, reconhecendo neles apenas uma natureza comutativa de garantia, acertadamente, muitos juristas entenderam que a responsabilidade da seguradora é garantir a indenização do segurado, inexistindo nessa operação quaisquer indeterminações conseqüentes à predeterminação pelas partes do objeto da contratação, específica e identificada aprioristicamente, estabelecida por via de cálculos atuariais que, em momento algum, abrem espaços para dúvidas ou incertezas.

Concluindo, os contratos de seguro são pactos comutativos de garantia em que uma das partes (seguradora) se compromete a indenizar a outra (segurado) ocorrendo o sinistro previamente determinado, desde que esta se encontre regularmente em dia com suas obrigações securitárias (pagamento dos prêmios), sen-

do essa garantia a própria contraprestação estabelecida, comportando revisão normal na forma do Artigo 6º, V, do CDC, ou anormal quando atingidos por evento reconhecidamente imprevisível (Art. 317, 478 a 480 do CC), desde que presentes também seus outros pressupostos de admissibilidade, nos quais comutatividade e mutualidade consubstanciam funções sociais perfeitas e acabadas, uma vez que neles não existe qualquer álea, dúvidas ou espaços cinzentos encobertos por sombras de incerteza, porque o objeto da contratação é a garantia de indenização que uma das partes oferece à outra, previamente estabelecida e identificada, diante da ocorrência de sinistro constante do elenco probabilístico, expresso na vinculação que deu origem àquela convenção *sui generis*.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, M.T. *O Contrato de Seguro*. Rio de Janeiro: Idéia Jurídica, 2000.

BORGES, N. *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil e no Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

CARVALHO FERNANDES, L.A. de. A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português. *Boletim do Ministério da Justiça*. Coimbra. n. 128, 1963.

CASTRO, Mendes, J. de. *Teoria Geral do Direito Civil*. Lisboa: Editora da Associação Acadêmica, v. III, 1978.

CAVALIERI FILHO, S. *Visão panorâmica do contrato de seguro e suas controvérsias*. São Paulo: Revista dos Advogados, AASP. N. 47, março de 1996.

_____. *1º Fórum do Direito do Seguro – José Sollero Filho*. São Paulo: Max Limonad, Estudos de Direito do Seguro, Coordenado pelo Instituto Brasileiro de Direito do Seguro – IBDS, 1998.

CORTIANO JÚNIOR, E. *Alguns Apontamentos sobre os Chamados Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Renovar. In: *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*, Coordenação de Luiz Edson FACHIN, 1998.

COSSIO, C. *La Teoría de la Imprevisión*. Buenos Aires: Abeleto-Perrot, Colección Monografías Jurídicas, n. 56, 1961.

COSTA JÚNIOR, O. *A Relação Jurídica Obrigacional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

FACHIN, L. E. *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

LORENZETTI, L.R. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

LOUVEAU, R. La Revisión des Contrats para le Juge – Travaux de la Semaine Internationale de Droit. *Revista Forense*. Paris, v. XXXVI, 1937.

PLÁCIDO E SILVA, de. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

SOUZA, S. de. *Seguros, Contabilidade, Atuária e Auditoria*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TZIRULNIK, E. *Regulação do Sinistro – Ensaio Jurídico*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. Apontamentos sobre a Operação de Seguros. *Revista Brasileira de Direito de Seguros*. São Paulo, n. 1/27, ano 1, 1998.

TZIRULNIK, E., CAVALCANTI, F. de Q. B.; PIMENTEL, A. *O Contrato de Seguro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ULHOA COELHO, F. *O Contrato de Seguro (Apresentação)*. Autores: TZIRULNIK, E., CAVALCANTI, F. de Q. B.; PIMENTEL, A. *O Contrato de Seguro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

A SOBERANIA SEGUNDO OS CLÁSSICOS E A CRISE CONCEITUAL NA ATUALIDADE

THE SOVEREIGNTY ACCORDING TO THE CLASSICS AND THE PRESENT TIME CONCEPTUAL CRISIS

Walkiria Martinez Heinrich FERRER¹
Jacqueline Dias da SILVA²

RESUMO

As transformações advindas na nova ordem mundial, o chamado processo de globalização, não se restringe aos aspectos econômicos, políticos e sociais, mas podem ser observadas ao nível conceitual, onde presenciamos alterações em diversos conceitos flexibilizados frente ao novo contexto. Dentre esses é possível verificar uma crise conceitual da soberania, pois, frente às determinações da mundialização do capital presenciamos a necessidade de reformular a concepção clássica do conceito presente na Teoria do Estado.

Palavras-chave: Globalização; soberania; estado.

ABSTRACT

The transformations from the world new order or what is called - the globalization process, do not stick only to economical, political and social aspects. Yet, they can be observed in the conceptual level, where we can see alterations in the several flexible concepts facing this new context. Among these it is possible to examine the sovereignty conceptual crisis because facing the determinations of the capital internationalization; we can perceive the necessity of reformulating the classical conception of State theory currently used.

Key-words: Globalization; sovereignty; state.

¹Doutora em Educação pela UNESP/MARÍLIA - Marília-SP - Docente de Ciência Política e Introdução à Metodologia da Pesquisa Científica da Faculdade de Direito da Universidade de Marília / UNIMAR - Docente de Metodologia da Pesquisa Jurídica do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília / UNIMAR - Marília-SP.

²Acadêmica do 8. Termo do Curso de Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Marília / UNIMAR - Marília - SP.

1. Soberania no contexto do surgimento do estado moderno

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. Soberania 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.

O termo surge no final do século XVI, juntamente com o Estado Moderno, sendo esse decorrente 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 esse 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 em que cada barão, conde ou visconde era soberano dentro de seus domínios.

Nota-se que 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 determinado 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 em uma frase do rei da França Luís XIV: “o Estado sou eu”, sendo 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 adequando-se 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. Fato esse que 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.

1.2 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, pois ambos não aceitavam a dualidade e exigiam um posicionamento do rei com relação a essa questão. Em defesa ao poder absoluto do rei estava um partido denominado “Políticos” e em conformidade aos 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, ao monarca cabe o poder soberano, sendo esse perpétuo e absoluto, o único responsável pela organização política da República.

A preocupação desse filósofo francês 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 esta é a única maneira da 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 limite 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”.

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, 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 consequência, 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)”.³

Bittar salienta alguns pontos em comum entre Bodin, Maquiavel e Hobbes, no que diz respeito ao poder do monarca (centralizado) e as formas de organização do Estado, mas a questão da 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.⁴

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 esse fato 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 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 à manutenção do poder soberano, pois as leis citadas não são “dotadas de eficácia legal, pois não exercem coerção jurídica sobre o soberano”.⁵

³CHEVALLIER, Jean Jacques. *As grandes obras políticas*: de Maquiavel a nossos dias. Tradução de André Praça de Souza Teles. 8. ed. Rio de Janeiro: AGIR, 2001, p. 124.

⁴BITTAR, Eduardo C. B. *Doutrinas e Filosofias Políticas*: contribuições para a História da Ciência Política. São Paulo: Atlas, 2002, p. 121.

⁵BARROS apud BITTAR, Eduardo C. B. *Doutrinas e Filosofias Políticas*: contribuições para a História da Ciência Política. São Paulo: Atlas, 2002, p. 129.

2. 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, ou seja, 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.⁶

A instituição Estado, ou sociedade política surge em um determinado momento histórico, atendendo a algumas determinações políticas, econômicas e sociais. Nos clássicos da teoria do Estado podemos localizar diversas concepções que retratam o surgimento da instituição Estado, 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 este 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.

2.1 Thomas Hobbes – “O Leviatã” (1651)

Atento observador da natureza humana, Thomas Hobbes desenvolveu um especial interesse no comportamento dos homens frente às normas e deter-

⁶BURNS, Edward Macnall. *História da Civilização Ocidental: do homem das cavernas à bomba atômica*. Tradução de Lourival Gomes Machado. 25. ed. São Paulo: Globo, 1983, p. 23.

minações oriundas do poder público. O século XVII, na Inglaterra, foi marcado por conflitos políticos e religiosos, entre a Coroa e o Parlamento, que se estendeu até 1688 com a chamada Revolução Gloriosa, que representou o fortalecimento do liberalismo em detrimento ao absolutismo. Observando esse contexto, Hobbes constatou que há uma tendência natural dos indivíduos em se afastar das normas de convivência. A partir dessa constatação, orienta seus estudos para a causa dessa “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.

A base metodológica da obra de Hobbes baseia-se em seu entendimento da natureza humana, tanto que 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, dessa forma, trava uma incessante disputa com os demais, ou seja, 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.

Mas, exatamente a qual pacto, acordo ou convenção Hobbes se refere, pois 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, pois, a seu ver, o acordo proposto é de “submissão” dos indivíduos ao Poder soberano, enquanto que, para os demais autores trata-se de um pacto de “consentimento” ou de legitimidade. Nesse sentido, seguem algumas considerações quanto ao pacto que originou o Estado Leviatã, o Homem Artificial, que, segundo Hobbes, irá forçar os homens à obediência da regulamentação instituída.

O Estado tem origem quando uma “multidão” de homens (pois o pacto não pode ser realizado por apenas uma parcela da população em razão da possibilidade da 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 à Segurança Comuns”.⁷ significando que os súditos não têm direito a contestar os atos de seu governante, pois estará contestando seus próprios atos. Ressaltando ainda que o pacto foi firmado entre os indivíduos e não entre o governante e os indivíduos e, por essa razão, o governante não pode estar sujeito a determinações provenientes desse contrato.

⁷ HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou a matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2000, p. 126.

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.⁸ (grifo do autor)

A junção do pacto de constituição e o pacto de submissão confere ao soberano o poder supremo, o poder soberano, pois por um único ato os homens em estado natural constituem a sociedade e se submetem ao senhor soberano. Dessa forma, Hobbes acaba por fortalecer o poder soberano, pois esse não participa do pacto sendo mais o fruto desse último.

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 (aristocracia). O autor nega a existência de outras formas de governo, sendo apenas interpretações equivocadas das já citadas. Quando os homens estão descontentes com a monarquia temos a tirania, com a aristocracia a denominam de oligarquia e com a democracia a chamam de 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 que, 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.

Tendo em vista o exposto podemos concluir que o conceito de soberania de Thomas Hobbes enaltece o poder supremo do Estado, ou seja, o poder supre-

⁸ CHEVALLIER, Jean Jacques. *As grandes obras políticas*: de Maquiavel a nossos dias. Tradução de André Praça de Souza Teles. 8. ed. Rio de Janeiro: AGIR, 2001, p. 72.

mo do monarca soberano que está à frente do Estado em um dado momento, retratando claramente o contexto político do absolutismo.

2.2 John Locke: “Tratados sobre o governo” (1689-90)

Fortemente influenciado pelo contexto liberal, John Locke, dentre outras obras, “Tratados sobre o Governo”, destacando-se dentre os autores que se empenharam, como denominado por Chevallier, no “assalto contra o absolutismo”.

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 ao absolutismo, e a burguesia ascendente, que compunha o Parlamento, já detentora de um certo poder econômico, e que se empenhava em adquirir também poder político, partidária do liberalismo. Juntamente ao conflito político, esse período foi marcado pelo antagonismo religioso entre católicos, anglicanos, presbiterianos e puritanos.

O embate não se restringia ao nível da 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”.⁹ O resultado desse período de rivalidades foi a execução do rei Carlos I, da dinastia Stuart, e a implantação da República em 1649, que ficou conhecida como a Revolução Puritana.

Esse período de ascensão política da burguesia, sob o governo de Cromwell, termina com sua morte em 1660, retornando os Stuarts ao trono inglês. Longe de representar um período de estabilidade política, os conflitos se acirraram e culminou na deposição de Jaime II, monarca católico e absolutista, quando, em 1688, Guilherme de Orange recebe a Coroa do Parlamento, após a chamada Revolução Gloriosa, que assinalou a vitória do liberalismo em detrimento do absolutismo.

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 1689-90. O primeiro tratado trata basicamente de uma oposição a obra de Robert Filmer “O Patriarca”, onde o autor confere legitimidade ao poder dos monarcas absolutistas da mesma forma em que os pais têm poder sobre os filhos. “De acordo com esta doutrina, os monarcas modernos eram descenden-

⁹MELLO, 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.

tes da linhagem de Adão e herdeiros legítimos da autoridade paterna dessa personagem bíblica, a quem deus outorgara o poder real”.¹⁰

Em seu Livro II ou “Ensaio concernente à verdadeira Origem, extensão e Fim do Governo Civil”, ou ainda “Segundo Tratado sobre o Governo”, Locke se propõe à exposição da sua teoria do Estado, ou seja, a origem contratual com base no consentimento dos governados e basicamente sua clara oposição ao absolutismo, como também a crítica à doutrina do direito divino dos governantes.

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 reina paz liberdade e igualdade, não sendo razões para conflitos, mas, ao contrário, esse 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 podem distinguir entre “castigo”, para o caso do descumprimento das leis naturais, e repressão gratuita, advinda de desavenças comuns à vida em conjunto. Sendo assim, em estado natural o homem vive em relativa paz e harmonia, que somente são 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 o autor, já existia em estado natural, sendo, portando, anterior à sociedade política.

Tendo em vista esse estado de relativa paz e harmonia, em que os homens, dotados de razão, organizam-se e convivem em igualdade 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 proposto por Hobbes), mas uma sociedade formada pelo consentimento dos homens.

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, teremos a democracia. Se esse poder pertencer a um número limitado de pessoas, teremos a oligarquia e no caso de pertencer a um só homem, teremos a monarquia.

Ao poder legislativo é atribuída uma inquestionável importância na constituição da sociedade política, pois, segundo Locke, se o objetivo do pacto consis-

¹⁰ MELLO, Leonel I. Almeida. John Locke. *Op. cit.*, p. 84.

te basicamente na criação de um sistema de leis, que fundamente a organização e conservação dessa sociedade, nada mais natural que o poder de legislar reine sobre os demais poderes. Mas Locke salienta que essa “superioridade” do poder legislativo não significa ser absoluto ou arbitrário, pois constitui um poder restrito à preservação do bem público. 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 das mesmas. Por fim, ao poder federativo cabe o poder de guerra e paz.

Com base na doutrina do consentimento da maioria dos governantes ao governo instituído, Locke propõe a legitimidade do poder soberano, pois esse advém da vontade da maioria dos indivíduos e, dessa forma, não pode ser contrário ao estabelecido pelo conjunto de leis criadas pela maioria, seja diretamente como por meio de representantes.

No que diz respeito a essa exposição, 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, ou seja, da 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.

2.3 Jean Jacques Rousseau: “O contrato social”

A obra de Jean Jacques Rousseau está pautada no contexto da Revolução Francesa, ou seja, um período conturbado que exerceu grande influência no mundo político no final do século XVIII, onde sua obra mais expressiva, “O Contrato Social”, forneceu a base metodológica para profundas transformações da França nesse 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, seja da minoria quanto da maioria, do que propriamente pelos ideais democráticos, refletindo os interesses da classe burguesa em ascender politicamente, já que, àquele momento, já detinham considerável poder econômico. Basicamente, o liberalismo expressou a defesa dos interesses individuais, relegando a um segundo plano os interesses coletivos.

Representante legítimo da teoria democrática, a concepção de democracia defendida por Rousseau, pode ser descrita como a igualdade natural e suprema de todos os homens. Considerado o patrono da Revolução Francesa, a obra de Rousseau demonstra a preocupação em destacar a importância do Estado Democrático, a soberania popular em contraposição aos desmandos de um ou de um grupo de governantes.

Dentre as transformações ocorridas no final do século XVIII, a Revolução Francesa se destaca, pois representou um marco divisório entre o período dos desmandos dos monarcas absolutistas e a instauração de um novo contexto, onde 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 encontravam-se deficitários, tendo em vista os gastos supérfluos da nobreza na manutenção de seus dispendiosos castelos e de sua vida luxuosa.

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”, onde propõe as bases de uma sociedade mais justa e democrática, cujos principais aspectos passamos a expor.

Assim como os demais autores contratualistas tratados no presente texto, a justificação do contrato social pode ser encontrada na natureza humana, ou seja, na organização da vida dos homens em estado natural, período anterior à instituição do Estado. A base para o entendimento dessa questão pode ser encontrada em uma obra anterior ao “Contrato Social”, ou seja, “Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens” (1755), razão pela qual 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, que, segundo o autor, onde 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, pois 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 e a servidão ocasionada pelo surgimento da propriedade. Dessa 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”.

Com relação à natureza humana, Rousseau discorda de Hobbes quando esse afirmou que o homem em estado natural é mau, egoísta, vive da imaginação e desconfiança e, em decorrência desse estado, vive em guerra constante. Para Rousseau, nessa nova ordem, o gênero humano carece de responsabilidade e principalmente solidariedade, pois foi corrompido pela competição entre seus semelhantes e tornou-se vítima de uma hierarquia mal distribuída, ou seja, o homem nasce bom, mas a sociedade o transforma, o corrompe.

Com base nessas afirmações, Rousseau desenvolve os princípios da ação política propostos pelo “Contrato Social”, que 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, nesse momento, propõe os princípios necessários para a obtenção desse fim. Dentre os mecanismos necessários à legitimação do poder político podemos citar o soberano como funcionário do povo, a contrariedade ao sistema de representação política, pois a vontade do povo é inalienável, e a temporariedade do exercício das funções executivas.

Certamente a riqueza da obra de Rousseau estende-se além do exposto, mas, com as colocações acima, é possível observar a importância de suas declarações no contexto francês pré-revolucionário, pois os princípios da soberania advinda da vontade popular representaram a possibilidade da passagem da servidão à liberdade por meio de um movimento revolucionário.

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. 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. Como colocado por Chevallier em um “assalto contra o absolutismo”, com os autores liberais, John Locke e Jean Jacques Rousseau, temos uma outra concepção de soberania, em que, embora pertencente à instituição Estado, advém do consentimento popular.

3. Conceito de soberania segundo a teoria do Estado

Ao tratar do conceito de soberania, o professor Paulo Bonavides inicia sua exposição afirmando ser um conceito histórico e relativo. Quanto à primeira afirmação, não há nenhum empecilho para sua concordância, pois, segundo o autor, não esteve presente na antiguidade como uma forma de organização política. Quanto à segunda afirmação, certamente o conceito 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 salientarmos uma “crise contemporânea” quanto à definição atual do termo.

Dentre as várias teorias que tratam do poder soberano, para o objetivo desta análise torna-se satisfatória uma abordagem sucinta das teorias teocráticas, de origem divina, e as teorias democráticas, de origem popular.

Segundo a Teoria da soberania absoluta do rei, a origem do poder soberano advinha de entidades religiosas, ou seja, as doutrinas teocráticas afirmavam a origem divina do poder do monarca, sendo Jean Bodin um de seus principais representantes. De acordo com essa 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, a doutrina da investidura providencial, que reconhecia o direito dos governados na escolha do governante ao mesmo tempo em que afirmava sua origem divina.

Essa última doutrina representou um período de transição entre a origem divina e a origem popular do poder soberano, ou seja, preparou as bases para o advento das doutrinas democráticas, que compreende as teorias da soberania popular e soberania nacional.

O teórico 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 desse conceito, tendo em vista a universalização do sufrágio como consequência do próprio fortalecimento dos ideais democráticos desemboca na teoria da soberania nacional, em que a Nação representa a detentora da autoridade soberana.

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 transforma-se em uma “pessoa privilegiadamente soberana: a Nação”, onde “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”.¹¹

O conceito de soberania constitui uma questão central à Teoria do Estado, onde há um consenso entre os autores no que diz respeito à sua posição de parte integrante e imprescindível da constituição da instituição estatal.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 131-132.

3.1 Soberania como elemento constitutivo de Estado

Inicialmente convém estabelecer a diferença entre os elementos constitutivos e característicos que podem ser verificados 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 que são imprescindíveis à sua formação, ou seja, 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 na constituição da mesma. Sendo assim, realizada a necessária distinção, passamos a uma breve exposição dos elementos que tradicionalmente constituem uma sociedade:

Elementos materiais:

Homem e a Base física: local onde se desenvolvem as relações sociais.

Elementos formais:

Normas jurídicas:

Constitutivas: contratos sociais ou estatutos

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: Religiosa (fé), comercial (lucro), desportiva (lazer), e outras.

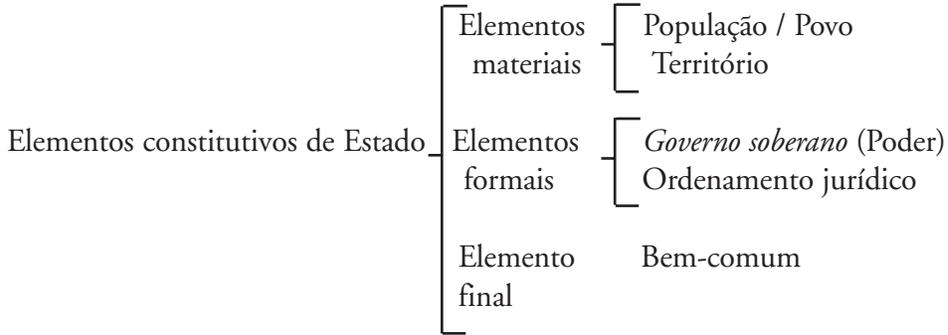
3.1.1 Estado: sociedade política por excelência.

A instituição estatal também constitui uma sociedade, só que uma sociedade considerada “por excelência”, pois, 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, dessa forma, o poder das demais sociedades.

Portanto, segundo essa concepção, não teríamos qualquer empecilho na constituição de uma sociedade comercial como, por exemplo, 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. Ou seja, o ordenamento jurídico e, conseqüentemente, o poder político do Estado devem ser soberanos, pois, segundo a Teoria do Estado, necessariamente devem ser incontestáveis (não podem ser contrariados por outro

poder dentro de determinado território) incontrastáveis (não pode existir outro poder que o iguale ou o subjugue), tendo em vista a obtenção de seu elemento final: o bem-comum.

Dessa forma, podemos concluir que o Estado é a “sociedade política por excelência”, pois seu poder é soberano, sendo esse um dos seus elementos constitutivos, como demonstra o esquema abaixo:



Do ponto de vista interno, a colocação da soberania como poder supremo não representa uma questão polêmica, pois, visando a 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 esta sendo contestado com certa frequência, como, por exemplo, o crime organizado, que vem ocupando espaço que pertenceria originariamente ao Estado. Mas essa situação de “enfraquecimento” do poder estatal, se é que podemos colocar dessa forma, não significa que o poder deixou de ser soberano, pois caso verificasse essa situação, segundo a teoria dos elementos constitutivos de Estado, esse deixaria de existir pela ausência de um de seus elementos, resvalando para a teoria anarquista ou até mesmo comunista.

Do ponto de vista externo a situação é mais complexa, agravando a crise conceitual de soberania estatal, em que o conceito clássico não se aplica ao atual momento político-econômico, com o acirramento 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”; ainda esclarece 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”.¹²

¹² STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolsan. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 4. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 157.

Quanto às limitações do poder soberano, além das limitações impostas pela ordem internacional, visando a 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, ou seja, 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, caso contrário, teria um Estado totalitário com o uso abusivo do poder político.

Dentre os elementos constitutivos de Estado não há como eleger prioridades no que diz respeito à sua existência, já que todos 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, por se verificar que há certa dificuldade em conciliar a teoria do Estado com a prática política verificada atualmente. Como, por exemplo, o bem-comum, 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. 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), se essa situação não for verificada, certamente será extinta. 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, ou seja, problemas governamentais na condução da política pública?

4. Crise conceitual da soberania na atualidade

Convém salientar que esta análise não tem a pretensão de realizar um estudo aprofundado dos temas apresentados, pois o chamado 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, contextualizando a questão da crise conceitual da soberania.

4.1 O chamado processo de globalização: contexto histórico

O mundo vivencia um período cujas características são inovadoras, alteram-se 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 do processo de mundialização do capital pode ser visualizada no início da década de 70, 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 países sentiam os efeitos de um capitalismo instável, com elevações entre crescimento e recessão na economia. Essa instabilidade econômica se caracterizava por um capitalismo não sustentado, pelo qual a lógica do capital não se realizava de maneira completa.

Nesse contexto, as grandes potências econômicas passaram a adotar medidas de contenção de custos na produção, visando 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 com uma maior disponibilidade de matéria-prima, isenções fiscais e facilidades, por parte dos governos nacionais, na instalação de novas indústrias e pela exploração de mão-de-obra barata. As chamadas *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.

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.

Outro componente fundamental na viabilização dessa determinada 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.

Em linhas gerais, o chamado processo de *globalização*, como foi salientado, se configura como uma etapa determinada do processo de acumulação do capital, que se caracteriza pela mundialização do capital financeiro, cuja dimensão não se restringe apenas ao aspecto econômico. Portanto, segundo o objetivo proposto por este trabalho, uma análise minuciosa das diversas dimensões do chamado processo de *globalização* iria se distanciar do propósito inicial. Dessa forma, podemos direcionar a análise às questões mais abrangentes do processo, com o objetivo de elucidar as transformações decorrentes da nova ordem econômica.

4.2 O programa neoliberal: expressão política da chamada globalização

Inicialmente, implementado pelo governo de Margaret Thatcher (1979) e, posteriormente, por Ronald Reagan (1981), o projeto neoliberal de governo adquiriu âmbito mundial, tornando-se atualmente parte integrante do processo de mundialização do capital.

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, seja 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, por ser uma instituição, não tem os atributos naturais capazes de maximizar benefícios, pois interfere nas manifestações naturais dos agentes econômicos. O mercado seria o responsável pela interação entre os diversos interesses individuais, tendo como resultado não um caos na sociedade, mas uma harmonia entre os interesses opostos.¹³

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 determinação de 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, pois teriam maior liberdade de escolha, mas,

¹³ 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.

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 este se auto-regularize, como também a diminuição dos gastos públicos com o setor social, transferindo esta responsabilidade à iniciativa privada. Essas medidas, juntamente com reformas fiscais e estabilização monetária, trariam as condições necessárias para um efetivo crescimento econômico.

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 desse fenômeno: Constitui uma corrente ideológica ou um programa econômico? É possível desenvolver projetos autônomos de desenvolvimento econômico, ou seja, desvinculados do mercado globalizado? Visto como o produto do desenvolvimento das forças produtivas do sistema capitalista, pode ser considerado inevitável?

No contexto do chamado processo de *globalização*, podem ser visualizados alguns aspectos considerados “positivos”, como o crescimento da importância da interferência da sociedade civil, por meio das ONGs, em questões até então restritas à esfera política, como na regulamentação do mercado de trabalho e na universalização dos direitos humanos e de valores éticos, ou seja, a prática de uma *cidadania global*.

4.3 A tese do Estado mínimo: reformulação da atuação estatal

Como colocado 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”, pela 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 que possa desviar esses recursos para a área social. Outra consequência com relação à alteração da atuação estatal

diz respeito à flexibilização das relações trabalhistas, no sentido da livre negociação entre patrões e empregadores sem a interferência direta do poder público.

Por fim, o chamado processo de globalização e o programa neoliberal de governo, como sua expressão política, constituem um tema demasiadamente complexo e contraditório, que, segundo Otávio Ianni, representa um desafio aos estudiosos neste início de século. O que interessa especialmente ao presente texto diz respeito à possível influência dessas transformações na soberania do poder estatal, de acordo com o que nos ensina a teoria do Estado.

4.4 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 no que diz respeito 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 no que diz respeito à sua capacidade decisória, pois a substituição do “Estado produtor” para o “Estado-fiscalizador”, limita sua atuação perante o capital externo, que se instalou no país por meio dessas políticas.

O poder incontestável e incontestável, tanto interna quanto externamente, considerando a convivência pacífica com outros Estados soberanos, está desconexo com a atualidade, visto a 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, impuseram uma nova lógica às relações internacionais e, conseqüentemente atingiram profundamente as pretensões de uma soberania descolada de qualquer vínculo ou limitação.¹⁴

O incontestável poder soberano estatal, em que não pode existir outro poder que o iguale ou o subjogue, na atualidade encontra-se, de certa forma, “condicionado” pelo poder decisório das transnacionais. Tendo em vista essa afirmação, poderíamos argumentar no seguinte sentido: o capital internacional há muito se faz presente nas transações comerciais entre países, desde épocas re-

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolsan. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 132.

motas como, por exemplo, com o surgimento dos primeiros mercadores. Sendo assim, não poderíamos também afirmar que o conceito de soberania está em crise desde seu surgimento? A resposta é negativa, pois o momento atual traz um aspecto que não foi verificado em épocas anteriores ao chamado processo de globalização, ou seja, o embricamento das economias, a interdependência dos mercados em nível mundial.

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. Diante desse fato, que retrata a atual crise conceitual de soberania, pois como conciliar a definição clássica do termo poder supremo, incontestável e incontrastável, com as transnacionais, os blocos econômicos e as demais determinações da nova ordem mundial?

Podendo até mesmo ser considerado como um aspecto positivo do chamado processo de globalização, há que se 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*.

Mas esse fortalecimento das ONGs reflete e acentua a crise da soberania do poder político do Estado, pois a atuação dessas organizações em nível internacional acaba se sobrepondo ao poder do Estado, visto que acordos internacionais ou até mesmo financiamentos por parte de organismos internacionais, como Fundo Monetário Internacional e Banco Mundial, estão de certa forma condicionados aos relatórios dessas entidades, no que diz respeito à atuação estatal.

Tendo em vista o exposto, até então, 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 colocado anteriormente, mantém-se como um poder incontestável e incontrastável 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 necessidade de reformular o conceito, o que também não significa extinguir a soberania estatal perante os demais Estados supranacionais.

Nesse sentido, poderíamos fundamentar essa necessidade da revisão do conceito com a concepção do teórico alemão Karl Marx, no que diz respeito à “produção da consciência”. Marx desenvolveu os conceitos de infraestrutura (base material) e superestrutura (base ideológica) para explicar as transformações

ocorridas no nível das idéias ao longo do processo histórico. Segundo esse teórico, as transformações ocorridas na base material, ou seja, no plano físico, acarretam transformação no nível das idéias, ou seja, 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 no nível das idéias, que precisa ser reformulado para atender ao novo contexto. Mas, qual seria esse novo conceito? Alunos do Curso de Direito, ao serem questionados sobre essa questão, prontamente responderam: poderíamos falar de uma *soberania neoliberal*, visto que as relações entre Estados soberanos estão pautadas no mercado econômico. Ou, então, *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 colocado 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, visto que sua debilidade ou até mesmo sua ausência, como constatado na atualidade, não interfere na constituição do mesmo.

5. Considerações finais

Durante o desenvolvimento do conceito de soberania podem ser observados conceitos relativos aos contextos político, econômico e social nos quais foram se delineando as características da soberania, próprias a cada momento histórico. No período absolutista, com a centralização do poder político na monarquia, Jean Bodin e Thomas Hobbes definem a soberania como o poder imperativo, absoluto, pertencente ao monarca absoluto e não propriamente à instituição estatal. Como colocado por Chevallier em um “assalto contra o absolutismo”, com os autores liberais, John Locke e Jean Jacques Rousseau, temos uma outra concepção de soberania, pela qual, embora pertencente à instituição Estado, advém do consentimento popular.

Nesse sentido, com a nova ordem mundial e as conseqüentes implicações, torna-se necessário reformular o conceito, principalmente pela transforma-

ção do papel do Estado na atualidade, como já colocado, em razão das transformações nas relações internacionais.

As questões extremamente complexas e polêmicas, próprias de um momento histórico “inacabado”, pois o desafio do chamado processo de globalização e seu conseqüente entendimento consiste no fato de se tratar de um processo ainda em curso, cujo espaçamento histórico não é suficiente para o pleno entendimento de suas implicações. Portanto, está inserida nesse processo, a flexibilização do conceito de soberania, que 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.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BITTAR, Eduardo C. B. *Doutrinas e Filosofias Políticas: contribuições para a História da Ciência Política*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 129.

BURNS, Edward Mcnall. *História da Civilização Ocidental: do homem das cavernas à bomba atômica*. Tradução de 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.

CHATELÊT, François et al. *História das idéias políticas*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

CHEVALLIER, Jean Jacques. *As grandes obras políticas: de Maquiavel aos nossos dias*. Tradução de André Praça de Souza Teles. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 2001.

DOWBOR, L. *Desafios da globalização*. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Teoria do Estado e Ciência Política*. 4. ed. São Paulo: Forense, 2001.

GUERRA, Sidney; SILVA, Roberto Luiz (Coord.). *Soberania: antigos e novos paradigmas*. São Paulo: Freitas Bastos, 2002.

HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou a matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução de 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*. Tradução de 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*. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

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*. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolsan. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

EFEITOS E ANÁLISE DAS PROPAGANDAS ENGANOSAS E ABUSIVAS PARA O DIREITO DO CONSUMIDOR

EFFECTS AND ANALYSIS OF THE DECEITFUL AND ABUSIVE ADVERTISEMENT TO THE CONSUMER'S LAW

Ana Cláudia Moraes JULIANO¹

RESUMO

Este artigo tem por objetivo demonstrar o tipo de propaganda enganosa que envolve como elemento essencial a indução a erro, sendo sujeito ativo o fornecedor (veiculador ou patrocinador) e sujeito passivo, o consumidor. Na propaganda abusiva, que vem expressa no Código de Defesa do Consumidor, surge o mesmo sujeito ativo, mas o passivo é pessoa que pratique um dos atos indicados no artigo do Código. Buscam-se os efeitos que a propaganda enganosa e abusiva traz para o consumidor e como ela é tratada pelo Direito. Pretende-se também fazer uma análise semiótica das propagandas.

Palavras-chave: Propaganda enganosa; abusiva; efeitos; semiótica

ABSTRACT

This article has as main purpose to demonstrate the objective type of the deceitful advertising that involves, as essential elements, the leading to a mistake, whose active subject is the supplier (transmitter or sponsor) and the passive subject is the consumer. In the abusive advertisement, which is stated in the consumer's law, the same active subject emerges, but the passive one is the person that makes one of the actions indicated in the article of the law. We intend to analyze what the effects of deceitful and abusive advertisement are and how it is stated by the law. Moreover, we intend to make a semiotic analysis of the ads.

Key words: Advertisement; deceitful; abusive; effects; semiotics

¹ Professora do Curso de graduação em Direito. Mestre em Direito das Relações Privadas e mestranda em Comunicação pela Universidade de Marília/ UNIMAR, Marília-SP.

1. Abordagem histórica do consumerismo e publicidade

Consumerismo é um anglicismo derivado de *consumerism* e que designa o movimento de consumidores e entidades americanas no início da metade do século XX. Esse movimento teve repercussões marcantes não só na estrutura de consumo dos Estados Unidos como em diversos países capitalistas. (GIACOMINI FILHO, 1991, p.18). “Consumerismo” é também usado para designar qualquer movimento de consumidores ou entidades afins, em qualquer região ou época. No Brasil, o termo é utilizado para mencionar que ele surgiu nas décadas de 40 e 60, quando foram sancionadas diversas leis e decretos federais legislando sobre saúde, proteção econômica e comunicações. Como melhor significado do termo, na forma como ele será tratado a seguir, consumerismo designa as forças sociais que buscam um melhor tratamento para o consumidor.

Uma abordagem histórica do consumerismo e publicidade no Brasil é necessária, principalmente para mostrar particularidades que esses elementos tiveram, na realidade social brasileira.

Essa abordagem está contextualizada na estrutura sócio-econômica do país, porque seus reflexos são evidentes em ambos os elementos.

Evidenciando-se o interesse maior nas condições recentes da publicidade e consumerismo, no Brasil, acolheram-se os três últimos estágios, ou seja, Capitalismo Primitivo, Produção em Massa e Sociedade Afluente. Três trabalhos foram fundamentais: *Do reclame à comunicação*, de Ricardo Ramos; *O marketing no Brasil: evolução histórica e História da propaganda brasileira*, ambas de Roberto Simões. Iremos tratar desses três últimos estágios.

1.1 Estágio do capitalismo primitivo

Por volta dos séculos XVIII e XIX, a economia girava em torno de negócios e empresas cuja produção artesanal era destinada à obtenção de excedentes para a realização de lucro e não apenas para a sobrevivência individual ou familiar. Durante boa parte desse período, o Brasil manteve vínculo colonial, fazendo-se depender das decisões de Portugal e algumas nações européias, principalmente a Inglaterra.

A classe comercial era diminuta, escassa, sendo formada por pequenos negociantes de aldeia: o comércio varejista se limitava a atender às fazendas, pois o povoamento disperso obrigava a uma vida ambulante.

A situação interna em termos de consumo era crítica: de um lado, estava sendo implantado o modelo sociopolítico da Europa Ocidental, baseado na economia de mercado e na propriedade privada; de outro, havia grande controle da economia do país, por parte das nações européias, estagnando muitos setores,

encarecendo sobremaneira outros, criando carência em quase todos, principalmente para a grande maioria da população, que se via à margem das novidades e avanços. Predominavam largamente produtos a granel, sem marca-fantasia.

O consumidor era fiel ao local da compra, embora naqueles tempos não houvesse muitas opções para o comprador; a procedência da mercadoria geralmente era local (produtos artesanais e agropecuários) ou de procedência estrangeira, principalmente da Inglaterra e França. Não havia estabelecimento que empreendesse uma produção nacional, mormente de produtos manufaturados.

Além da propaganda direta (feita pelo balconista, vendedor ou produtor) e da propaganda boca a boca, o consumidor conhecia os produtos e novos lançamentos a partir de amigos, conhecidos e impressos promocionais de tiragens limitadas.

Pode-se assinalar como uma das raízes pioneiras do consumerismo brasileiro o Código Comercial Brasileiro de 1850, cujo Artigo 210, por exemplo, trazia o seguinte texto:

O vendedor, ainda depois da entrega, fica responsável pelos vícios e defeitos ocultos na coisa vendida, que o comprador não podia descobrir antes de a receber, sendo tais que a tornem imprópria do uso a que era destinada, ou que de tal sorte diminuam o seu valor, que o comprador, se os conhecesse, ou não a comprara, ou teria dado por ela muito menos preço.

O início do século XIX marca a introdução da imprensa, através do *Correio Braziliense*; em 1808, surge a *Gazeta do Rio de Janeiro*, que publicava anúncios gratuitamente, desde que entregues até quarta-feira à tarde, pois circulava aos sábados.

Os anúncios do início do século XIX utilizavam uma linguagem que se assemelhava muito ao “quem quiser” ou “quem quer comprar”. Esses classificados revelavam, de um lado, a modalidade oral da escrita, empregando-se a terceira pessoa; de outro, uma preocupação informacional, ou seja, não havia obsessão de se lançar mão de jargões imperativos para a compra ou aceitação de algo, o que dava um tom “cavalheiresco” aos anúncios de então.

A partir de 1808, com a *Gazeta do Rio de Janeiro*, o Brasil dá a partida para massificar a imprensa, abrindo caminho para o desenvolvimento da propaganda, primeiro em forma de classificados, depois incorporando anúncios, inclusive com certas ilustrações.

Na segunda metade do século XIX, era possível detectar anúncios preocupados com a veracidade da propaganda e outros praticando francamente a publicidade enganosa.

Anúncio da Casa Muniz:

Máximas do bom anunciante. A verdadeira reclamação é aquela que mais proveitosa para o público que para o próprio anunciante. O valor de um anúncio está na razão directa da autenticidade das suas promessas. Uma boa casa não promete em seus anúncios mais do que pode dar; mas dá tudo quanto promete. O bom anunciante não pede que o público acredite nas suas palavras. Pede que o público lhes verifique, visitando a sua casa. A leitura de um anúncio é uma sugestão. A vista do artigo anunciado é um argumento. (GIACOMINI FILHO. 1991, p. 29)

Os fatores como a insipiência estrutural da propaganda e a própria inexperiência empresarial foram elementos que caracterizaram os séculos XVIII e XIX como os de uma publicidade embrionária, mas já carregada de vícios e artimanhas.

1.2 Estágio da produção em massa

Esta fase da produção em massa tem como característica a produtividade e por objetivo a maximização dos lucros por parte dos agentes produtores e comercializadores. Esse procedimento não refletia a realidade da maioria das empresas brasileiras, mas certos avanços tecnológicos do início do século XX, que proporcionavam o emprego da linha de produção e comercialização massiva de bens e serviços.

O setor das comunicações também evoluiu. É um período de consolidação dos jornais, oportunidade em que, em 1900, o *Jornal do Brasil* se capacita a reproduzir fotografias; também nesse início de século surgiram as revistas e o rádio.

O consumo passa a ter novos atrativos. A 12 de maio de 1918, comemora-se em Porto Alegre, por iniciativa da Associação Cristã de Moços, o Dia das Mães. A GE lança o primeiro refrigerador, no Brasil, em 1929.

O Estado já manifestava preocupação com o incontrolável desenvolvimento de novos produtos, muitos dos quais fraudavam as expectativas do consumidor. O Poder Legislativo era pressionado a elaborar normas e leis, a fim de enquadrar práticas empresariais no atendimento dos interesses sociais. Um dos primeiros passos foi a primeira edição, em 1916, do Código Civil. A Lei de Usura, de 1933, é tida como o primeiro decreto de proteção ao consumidor. O

Código Penal Brasileiro de 1940 trazia, nos Artigos 171 e 175, respectivamente, o estelionato e fraude ao comércio.

A Associação Brasileira de Propaganda é criada em 1937, almejando trabalhar pelo desenvolvimento e enobrecimento da propaganda, incentivar o desenvolvimento das técnicas publicitárias e defender os interesses dos que trabalham nessa profissão. Em 1939, o Brasil ganha seu primeiro prêmio internacional, na área da propaganda: menção honrosa para a McCann, na criação da campanha do óleo Saúde, para a Anderson Clayton, prêmio concedido pela Feira Mundial de Nova Iorque. Nessa época, é criada a Publix, dando início à produção do *outdoor*.

Enfim, a publicidade adquire seu real significado com o incremento dos meios de comunicação de massa: o rádio, as revistas, os jornais e os sistemas gráficos de altas tiragens são meios para atingir milhões de pessoas, em diferentes regiões.

1.3 Estágio da Sociedade Afluente

O estágio da sociedade afluenta caracteriza-se pela apresentação de uma quantidade substancial de indivíduos com necessidades básicas satisfeitas, canalizando recursos para atender outras necessidades e desejos, ou seja, necessidades e desejos afluentes.

O panorama das comunicações se altera rapidamente: em 1951, é criada a TV Tupi do Rio de Janeiro; dois anos após, inaugura-se a TV Paulista, que mais tarde faria parte da atual TV Globo, e a TV Record.

A primeira sistematização da ética publicitária no Brasil data de 1957, quando o I Congresso Brasileiro de Propaganda aprovou o Código de Ética dos Profissionais de Propaganda.

A corrida ao consumo alcançaria também o negócio publicitário, que, no ano do Plano Cruzado (1986), registrou um crescimento.

Em 1988, a publicidade recebe atenção constitucional, através do artigo 220, principalmente no que se refere à promoção de produtos do tabaco, medicamentos e bebidas alcoólicas. Em 1990, através de portaria do Ministério da Saúde, a propaganda sofre maiores restrições.

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor de 11/09/1990 é a primeira lei dedicada exclusivamente à proteção do consumidor, no país, abarcando questões como qualidades de produtos e serviços, contratos de adesão, publicidade, responsabilidade do fabricante e distribuidor, impondo aos infratores sanções que vão desde a aplicação de multa até à prisão.

2. Conceitos de propaganda e publicidade

Os termos “publicidade” e “propaganda” são utilizados indistintamente por muitos autores e profissionais da área publicitária, bem como no dia-a-dia do mercado, por exemplo, Plínio Cabral emprega o termo “propaganda” no sentido de publicidade: “produto e mercado podem ficar distantes, como dois ilustres desconhecidos, se não tivéssemos, a liga-los, a propaganda, ou seja, a comunicação industrial e comercial” (CABRAL, 1977, p. 38).

Porém, embora usados como sinônimos, não significam rigorosamente a mesma coisa.

O vocábulo “publicidade” deriva de “público”, do latim *publicus*, e expressa o ato de tornar público, vulgarizar, divulgar (SANT’ANA, 1981, p. 81). O termo “publicidade” foi empregado, em um primeiro momento, na sua acepção jurídica, adquirindo a conotação comercial no início do século XIX, quando a palavra *propaganda*, associada aos abusos e métodos de conscientização nazifascista, tornou-se indesejável (FURLAN, 1994, p. 99).

Pode-se conceituar publicidade como a forma ou meio de comunicação com o público que tem como objetivo promover a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço.

Ao se afirmar que a publicidade é forma ou meio de comunicação, deve-se ressaltar que não é qualquer informação que integra o conceito de publicidade, mas aquela conexa à atividade econômica. Nesse sentido, ficam excluídas do campo publicitário, as informações com conteúdo político, científico, humanístico e outros (BENJAMIN, 1992, p. 171-172).

Além do conteúdo comercial da informação, deve estar presente o propósito de incentivar a venda de produtos e serviços. O incentivo à venda é precisamente a função da publicidade, que atuando na mente do público, condiciona-o para o consumo, isto é, desperta-lhe o desejo pela coisa anunciada. Pode-se dizer que a publicidade exerce uma ação psicológica decorrente de um processo de persuasão que utiliza técnicas que valorizam e destacam suas vantagens e necessidades.

Portanto, para a informação se configurar como publicidade, devem estar presentes o objetivo comercial e o incentivo, ao consumidor, de comprar produtos ou serviços. Ausentes tais elementos, estar-se-á diante de mera informação *stricto sensu*, como a veiculada nas notícias, nos livros, no cinema etc. Assim, nem toda informação é publicidade e nem toda publicidade é só informação, conforme Benjamin (1994, p. 33).

A palavra “propaganda” deriva do latim *propagare*, que significa “reproduzir por meio de mergulhia”, ou seja, “enterrar o rebento de uma planta no solo”. Em outras palavras, *propagare* quer dizer enterrar, mergulhar, plantar. Pode-se entender como propagação de princípios, teorias, doutrinas.

Foi em Roma, no ano de 1597, que o termo “propaganda” foi introduzido pelo Papa Clemente VII, quando fundou a Congregação da Propaganda, com o intuito de propagar a fé católica pelo mundo. Posteriormente, em 1740, o vocábulo foi introduzido no Dicionário da Academia Francesa, com o significado eclesiástico.

Quanto aos objetivos, a propaganda visa a influenciar ou modificar a opinião alheia a respeito de determinada ideologia; a publicidade, a captar a atenção do público para consumo de determinados bens ou para a utilização de certos serviços.

Pode-se dizer, portanto, que a diferença essencial entre publicidade e propaganda são os objetivos, que, na primeira, são comerciais, e, na propaganda, não comerciais. Nos próximos itens, trataremos das propagandas enganosas, abusivas e os efeitos que estas causam para os consumidores.

3. Propaganda enganosa

Considera-se propaganda enganosa um anúncio que contenha incorreção, gere dano ou induza ao erro. Outros termos podem ser empregados, como propaganda mentirosa, falsa, lesiva, desleal, fraudulenta, falaciosa e deceptiva, mas possuem o mesmo sentido. É implícita, na propaganda enganosa, a geração de dano individual, se considerada a experiência pessoal diante de uma frustração, ansiedade, lesão ou qualquer outra interferência negativa junto ao consumidor; dano social, já quando o uso da propaganda é massivo e orientado a público, podendo o anúncio causar prejuízos sociais e culturais.

O Código de Defesa do Consumidor, no artigo 37, proíbe a publicidade enganosa, caracterizando-a da seguinte forma:

Qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, característica, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

Podemos dizer que a principal característica da publicidade enganosa é a probabilidade de induzir o consumidor em erro. Como ensina Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin, “capacidade de indução em erro” quer dizer “tendência a induzir em erro.” Não se exige, para qualificar a publicidade como enganosa, o requisito de induzir o público em erro de maneira efetiva. Pelo contrário, para que a publicidade seja considerada enganosa, basta que potencialmente *induz* em

erro os destinatários, sem necessidade de que tal erro se consuma. O fato de o consumidor ter sido efetivamente enganado não é levado em conta: “na caracterização da publicidade enganosa, o dano é um plus” (BENJAMIN, 1992, p.197).

Como se depreende do artigo citado, a intenção culposa ou dolosa do fornecedor (anunciante, agência ou veículo) é irrelevante para caracterizar a publicidade enganosa; somente no âmbito penal se torna necessário o dolo para caracterizar o crime de publicidade enganosa, conforme Nery Júnior (2001, p. 68).

São infundáveis os exemplos de propaganda enganosa, algumas apregoando o fim da calvície, o emagrecimento de vários quilos em poucos dias, sem efeitos colaterais, o enriquecimento em uma semana, a vela que nunca apaga etc. Há porém anúncios mentirosos de forma não acintosa, como a animação de um produto inerte a pretexto de criar uma atmosfera “mais rica” para o produto, iludindo e frustrando principalmente as crianças. Ocorrem, no entanto, exemplos em que a publicidade anuncia de forma plenamente verídica e outros elementos da cadeia de comercialização tornam a informação publicitária sem valor ou até errada. É o caso do anúncio que sugeria ao comprador de geladeira que, antes de efetuar a aquisição, observasse a etiqueta que informava o consumo de energia elétrica; o fato é que algumas lojas de São Paulo só deixavam afixadas as etiquetas dos modelos mais econômicos.

A propaganda enganosa está relacionada com a defesa do consumidor, porque a publicidade é um ponto informativo e decisivo importante para a aquisição de produtos; o consumidor age diante da publicidade de acordo com o somatório de experiências que tenha obtido com anúncios. Portanto, se a credibilidade for baixa, mais difícil será a aceitação das mensagens, produtos e anunciantes. A propaganda enganosa talvez seja o procedimento publicitário que mais desperte o descontentamento social diante do setor.

4. Propaganda abusiva

O Código de Defesa do Consumidor não define a publicidade abusiva; mas, no parágrafo 2º do Artigo 37, define-a, a título exemplificativo, nos seguintes termos:

É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

O abusivo é uma noção a ser moldada pelos aplicadores da lei, tendo em vista as variadas práticas mercadológicas.

Oculto à idéia de abuso de direito, encontra-se o conceito de direito subjetivo. Como diz Caio Mário da Silva Pereira: “Abusa, pois, do seu direito o titular que dele se utiliza levando um malefício a outrem, inspirado na intenção de fazer mal, e sem proveito próprio” (PEREIRA. *apud.* CHAISE, 2001, p. 39). A teoria do abuso de direito está vinculada à prática de ato que tem o propósito, único, de causar dano a outrem, sem vantagem para o titular.

A título de exemplo, vale lembrar uma campanha publicitária de conhecida marca de roupas, exibida em vários países, que foi objeto de ação cautelar movida pelo Ministério Público de São Paulo, objetivando a sustação de sua veiculação. A peça publicitária mostrava a fotografia de um paciente com AIDS, no exato momento de sua morte. O pedido fundamentou-se no dano que a veiculação da publicidade poderia causar aos portadores da doença, inclusive aos assintomáticos, conforme vários depoimentos de especialistas. Ao conceder a liminar, o juiz entendeu que a dignidade humana estava sendo violada, “atingindo-se o universo não só dos portadores do vírus, mas também de seus parentes e amigos.” A abusividade da peça publicitária foi admitida.

Outra publicidade veiculada na televisão e caracterizada como abusiva, em conformidade com o artigo 37, parágrafo 2º, do Código de Defesa do Consumidor, diz respeito a dois comerciais produzidos para a N. Industrial e Comercial Ltda., intitulados “Armazém” e “Perereca”. No primeiro, “de noite, um grupo de crianças agachadas entra num armazém. Elas fazem sinal de silêncio com o dedo em frente à boca; demonstrando medo, se apossam de produtos da marca que estavam na geladeira. O guarda acorda e tenta impedir as crianças, mas escorrega em bolinhas de gude e cai no chão. As crianças fogem para a rua com os produtos. Não há qualquer indicação de que tenham pago pelos produtos. O estabelecimento comercial está caracterizado pela indicação “Armazém.”. O segundo comercial veicula as imagens de “um grupo de meninos vestidos de capa de chuva, trazendo pererecas em gaiolas para amedrontar e coagir um grupo de meninas a entregarem os produtos N. que estão na geladeira da casa.”. O pedido de proibição definitiva de veiculação dos comerciais foi julgado procedente (*Revista de Direito do Consumidor*, n.1, 1992, p. 222-228 e n. 4, 1992, p. 200-234).

O Conselho de Ética do CONAR, cumprindo sua função de orientar o mercado publicitário, ao indicar a melhor interpretação dos normativos éticos, possui farta jurisprudência sobre anúncios abusivos, como, por exemplo: “o anúncio pode estabelecer o debate de idéias em torno da privatização de serviço público; não deve, no entanto, provocar eventual e injusto pânico entre seus usuários”, como não deve contribuir para a banalização da violência, problema que vem afligindo toda a sociedade brasileira.

5. Efeitos das propagandas abusivas e enganosas para o consumidor

Ao elaborar o Código de Defesa do Consumidor, o legislador brasileiro conferiu à publicidade a importância que ela tem hoje, no mercado. Como fenômeno social contemporâneo, a publicidade não pode ser proibida, mas deve ser controlada, regrada, para que estimule o consumo de bens e serviços sem abusos, de forma sadia.

Esse regramento pretende coibir efeitos nocivos sobre a sociedade, protegendo os consumidores de informações falsas, imprecisas, que não especificam corretamente quantidade, qualidade, preço dos produtos e serviços oferecidos.

Mas, há sistemas legais de controle de publicidade, especificado a seguir.

Existe um controle interno da publicidade realizado por órgão privado e ligado ao setor publicitário. A auto-regulamentação ou autodisciplina é promovida pela edição de códigos de ética ou conduta. A auto-regulamentação foi decorrência da necessidade de manter a confiança dos consumidores nas mensagens veiculadas. Os profissionais da publicidade se aperceberam de que, no momento em que a publicidade deixasse de convencer os consumidores, não mais cumpriria sua função primordial. Um dos objetivos da auto-regulamentação, portanto, é melhorar a imagem social da publicidade.

No Brasil, a publicidade foi disciplinada no âmbito privado, com a criação do Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária (CONAR) e com a edição do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária. Criado em 5 de maio de 1980, o CONAR é uma associação civil formada por agentes do mercado publicitário, como anunciantes, agências, veículos, que espontaneamente aderem ao quadro social. O Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, por sua vez, é um conjunto de normas, de caráter privado, aprovadas por entidades representativas do mercado publicitário.

Também compete ao Estado regulamentar a publicidade, proibindo práticas nocivas, seja mediante leis esparsas ou de forma sistemática, com o agrupamento de normas em um Código.

As vantagens desse controle são o poder coercitivo do Estado, segundo o qual a inobservância das normas de ordem pública acarreta sanções de natureza jurídica e, ainda, a capacidade de analisar continuamente o mercado. E ainda um sistema que se denomina misto, pois ocorre adição do controle voluntário da publicidade por organismo auto-regulamentar aos procedimentos judiciais ou administrativos.

Nosso Código de Defesa do Consumidor adotou esse sistema, conjugando auto-regulamentação e participação da Administração e do Poder Judiciário. Saliente-se, porém, que a publicidade visada pelo regime repressivo do Código é a abusiva e enganosa.

Como exemplo, examinemos um caso de publicidade enganosa anterior à edição do Código de Defesa do Consumidor, envolvendo campanhas de duas fabricantes de ar-condicionado. O anúncio da primeira mostrava uma situação na qual era testado um microfone e um aparelho de ar-condicionado era ligado. A voz em *off* do locutor sustentava que “tem horas em que a melhor resposta é o silêncio: linha mundial S.” No comercial da segunda, um apresentador argumentava que “você precisa do tamanho certo para o espaço que você tem”, e fornecia as medidas e a capacidade dos aparelhos. O apresentador finalizava: “^aM., o silêncio sob medida.” O CONAR recomendou que as propagandas fossem alteradas. O Conselho de ética entendeu que os anúncios eram reprováveis ao apregoar por texto ou imagens um silêncio absoluto, não constatado tecnicamente no condicionador de ar, quando em funcionamento.

A autodefesa e a defesa tutelada diante da propaganda enganosa abre um outro ponto de discussão. A autodefesa é postulada pelos que argumentam ser a propaganda enganosa um corpo doentio no organismo e que, com o contato, o próprio organismo vai criando anticorpos que combaterá a propaganda enganosa em experiências futuras. No caso de um anúncio enganoso, esse efeito inoculador faria com que o consumidor nunca mais comprasse aquela marca. A grande inconveniência desse procedimento se relaciona a produtos caros, cuja recompra seja difícil de ocorrer, impedindo assim o consumidor de punir o anunciante.

A defesa tutelada vem sendo patrocinada tanto na esfera legislativa como na ética do setor. Além desses procedimentos, pode-se reeditar a experiência americana, no sentido de instituir, desde 1969, a propaganda corretiva, em que o anunciante é condenado a veicular o anúncio desmentindo o que continha de lesivo na campanha empreendida. No caso brasileiro, muitos defendem a simples aplicação de pesadas multas para o anunciante que patrocinar a propaganda enganosa.

A propaganda enganosa é relacionada com a defesa do consumidor, porque a publicidade é um ponto informativo e decisivo importante para a aquisição de produtos; o consumidor age diante da publicidade de acordo com o somatório de experiência que tenha obtido com anúncios.

Portanto, se a credibilidade for baixa, mais difícil será a aceitação das mensagens, produtos e anunciantes. A propaganda enganosa talvez seja o procedimento publicitário que mais desperte o descontentamento social diante do setor. A

seguir, completaremos o trabalho fazendo uma análise das propagandas, com fundamento em uma visão semiótica.

6. Análise semiótica das propagandas

Um fator importante é falarmos sobre a ideologia da propaganda e reconhecermos que é um componente necessário da vida humana, pois, se não nos apegássemos a certas atitudes fundamentais e formas de pensar, nossa consciência estaria num fluxo constante, que nos paralisaria por completo. Devemos lembrar que até mesmo os nossos valores fundamentais são produtos do conhecimento humano e dos processos culturais e, como tais, estão sujeitos a mudanças.

Como exemplo, para demonstrar atitudes ideológicas, observamos uma crença ideológica muito generalizada no aspecto político e que é explorada comercialmente pela marca “Mothercare” (“cuidados maternos”): a idéia de que o amor de mãe é natural. Se rompermos o encanto dessa ideologia e dissermos que o amor da mãe pelo filho não é natural, a maioria não concordará.

Esse exemplo serve para ilustrar o fato de que a ideologia pertence ao domínio do senso comum e, por sua vez, o conceito do senso comum nos permite alcançar a essência da ideologia como aquilo que é ao, mesmo tempo, visível para todos e invisível por seu caráter óbvio.

Consideram-se “ideológicos”, conforme Vestergaard e Schroder, porque transmitem atitudes hoje dominantes em relação à história, à natureza etc., como se fossem universalmente verdadeiras e válidas. No entanto, deve-se entendê-los como complexos ideológicos que pertencem a um nível diferente das ideologias ligadas à consciência do mercado. As normas e hábitos de comportamento dos sexos, por exemplo, não decorrem estruturalmente do modo capitalista de produção, como também os específicos sistemas de referência usados pela propaganda nunca são estáticos: mudam continuamente, acompanhando as mudanças dos costumes e normas sociais.

De uma maneira geral, o anunciante quer dar ao seu produto uma imagem destinada a funcionar como vantagem extra para ele, no mercado, onde é preciso diferencia-lo um pouco dos produtos concorrentes, que são, na maioria das vezes, quase iguais quanto valor de uso material. A questão para ele consiste em conseguir que o leitor-consumidor associe o produto com a desejada imagem ou qualidade.

Portanto, se alguma coisa pode ser utilizada para comunicar, é porque a mesma pode representar outra coisa. Tanto na lingüística como na disciplina da semiótica, costuma-se chamar a função representativa de função *signica*. Segundo Charles Sanders Peirce, signo (ou representamen) é aquilo que, sob certo

aspecto, representa alguma coisa para alguém; distingue três tipos de relação entre um signo e seu objeto, a saber, a icônica, a indicial e a simbólica. Dirigindo a essa pessoa, esse primeiro signo criará, na mente (ou semiose) dessa pessoa, um signo equivalente a si mesmo ou, eventualmente, um signo mais desenvolvido. Este segundo signo criado na mente do receptor recebe a designação de *interpretante* (que não é o intérprete), e a coisa representada é conhecida pela designação de *objeto*.

Observa-se, no entanto, que, para certos tipos de signos (como o ícone, índice e o símbolo, a seguir descritos), haverá uma relação direta entre signo e objeto, quando então a linha unindo essas duas entidades também poderá apresentar-se igual às duas outras.

Num *ícone*, a relação entre signo e objeto ou é natural ou motivada. Tem alguma semelhança com o objeto representado. Exemplos de signo icônico: a escultura de uma mulher, uma fotografia de um carro e, mais genericamente, um diagrama, um esquema. Quer dizer, em certo aspecto culturalmente relevante, o signo nos impressiona pela semelhança com seu objeto. A semelhança pode variar desde as mesmas propriedades físicas (como no caso de uma espingarda de brinquedo, que representa uma espingarda de verdade) até uma remota igualdade de uso (um cabo de vassoura pode representar um cavalo, pois ambos podem ser cavalgados; ou ícone menos convencionalizado, como a maneira em que uma distribuição de sombras de branco e cinza pode representar uma “caneca de cerveja geladinha e espumante”).

Quanto à linguagem, os signos icônicos (isto é, as palavras) são relativamente raros. De fato, constitui um princípio básico da lingüística estrutural o fato de não haver nenhuma conexão natural entre uma palavra e o que ela denota, por exemplo: a palavra “cavalo” denota um quadrúpede herbívoro de cascos sólidos, de aspecto gracioso e cauda. É comum na linguagem da propaganda o recurso às metáforas, como a campanha da revista *Veja*: “Se o estudo é a luz da sabedoria, o seu investimento é o interruptor”; ou a propaganda dos postos Esso: “Ponha um tigre no seu carro.”

O *índice* é um signo que se refere ao objeto denotado em virtude de ser diretamente afetado por esse objeto. O signo indicial tem alguma qualidade em comum com o objeto e, assim, não deixa de ser um certo tipo de ícone, um ícone especial, embora não seja isto que o torna um signo, mas, sim, o fato de ser modificado pelo objeto. Exemplo: a fumaça é um signo indicial de fogo, um campo molhado é índice de que choveu, uma seta colocada num cruzamento é índice do caminho a seguir; são índices, ainda, um pronome demonstrativo, uma impressão digital, um número ordinal.

As imagens indiciais são extremamente freqüentes nas ilustrações publicitárias; ou melhor, ao usar imagens, muitas ilustrações procuram estabelecer uma relação indicial entre o produto e alguma outra coisa que, via de regra, se considera ter conotações favoráveis.

O símbolo é um signo que se refere ao objeto denotado em virtude de uma associação de idéias produzidas por uma convenção. O signo é marcado pela arbitrariedade. Peirce observa que o *símbolo* é de natureza geral, tanto quanto o objeto denotado; mas, como aquilo que é geral deve existir também nos casos determinados, pode-se dizer que esses casos indiretamente afetam o símbolo, razão pela qual há no símbolo uma certa espécie de índice. Mesmo assim, a razão da existência do símbolo não deve ser procurada nessa afetação, mas em seu caráter convencional, arbitrário. Exemplo: qualquer das palavras de uma língua, a cor verde como símbolo de esperança.

Portanto, o trinômio ícone, índice e símbolo pode ser considerado uma divisão de signos em grau decrescente de naturalidade: o ícone é um signo cuja conexão com o objeto repousa num certo tipo de similaridade, a relação indicial é uma relação de contigüidade e, finalmente, o símbolo é um signo cuja conexão com seu objeto baseia-se numa convenção. A maioria dos signos lingüísticos (palavras) não é motivada, constituindo, portanto, símbolos. Assim, uma cruz representa “religião”, pois Cristo foi crucificado; a pomba é o símbolo da “paz” e da “esperança”.

7. Conclusão

O consumo é uma força que atua na vida de todas as pessoas e está associado à busca de melhor tratamento ao consumidor. Abordar o consumo, defesa e proteção ao consumidor, é discorrer sobre questões da humanidade e do homem. Antes de mais nada, o consumo é uma questão social e foi dessa forma que o estudo deste assunto foi analisado.

A propaganda possui interesse direto à atividade comercial e está voltada aos procedimentos de comunicação da sociedade, o que a torna, dentro de uma perspectiva social, um elemento básico para atender às relações de consumo e à realidade atual.

Portanto, mostraram-se, neste trabalho, tendo como objeto as propagandas escritas, as diferentes maneiras que o comerciante se utiliza para vender seu produto, que muitas vezes leva o consumidor a erro. A propaganda enganosa, é aquela que contém incorreção, gera dano ou induz ao erro e a propaganda abusiva, aquela que incita à violência, explora a inexperiência da criança.

Também foi objeto deste trabalho os efeitos que estas propagandas causam ao consumidor e qual o meio empregado para defesa, não deixando de lado a lingüística e a semiótica para uma análise mais detalhada das propagandas.

REFERÊNCIAS

- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. A repressão penal aos desvios de marketing. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 4, 1992.
- CABRAL, Plínio. *Propaganda técnica da comunicação industrial e comercial*. São Paulo: Atlas, 1977.
- CHAISE, Valéria Falcão. *A Publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- COELHO NETTO, J. Teixeira. *Semiótica, informação e comunicação*. São Paulo: Perspectiva, 2001.
- FURLAN, Valéria C. P. Princípio da veracidade nas mensagens publicitárias. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n.10, 1994.
- GIACOMINI FILHO, Gino. *Consumidor versus propaganda*. São Paulo: Summus, 1991.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR. São Paulo, n.1, p. 222-228, 1992 e n. 4, p. 200-234, 1992.
- SANT'ANA, Armando. *Propaganda: teoria, técnica e prática*. 3. ed. São Paulo: Pioneira, 1981.
- VERTERGAARD; SCHRODER. *A linguagem da propaganda*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA: PERSPECTIVAS E PROSPECTIVAS

THE SOCIAL FUNCTION OF AN ENTERPRISE IN CONTEMPORARY SOCIETY: PERSPECTIVE AND PROSPECTIVE

Maria Christina de ALMEIDA¹

RESUMO

A atividade empresarial, pautada por considerações eminentemente mercantis, é hoje portadora de responsabilidade e comprometimento social. A função social da empresa representa, portanto, um conjunto de fenômenos importantes para coletividade e é indispensável para a satisfação dos interesses inerentes à atividade econômica.

Palavras-chave: Empresa; concepção clássica; função social; direito civil; constitucional.

ABSTRACT

Business activities have been traditionally governed by commercial considerations. Nowadays, however, companies are increasingly sensitive to their responsibility to a whole community. This social aspect of companies therefore involves important activities geared toward the welfare of society and is not necessary for the achievement of the objectives inherent to the economic sphere.

Key-words: Business; classical conception; social function; civil right; constitutional.

1. Apresentação

A função social da empresa deve ser entendida como o respeito aos direitos e interesses dos que se situam em torno da empresa.

Waldírio Bulgarelli

¹ Doutora em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Professora do programa de Mestrado em Direito da UNIMAR. Marília-SP. Professora de Direito Civil da Unibrasil. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família, *IBDFAM* – Seccional do Paraná.

O início de um novo tempo – a sociedade civil contemporânea – e de um novo espaço – o do Direito Civil-Constitucional – nas vinculações jurídico-sociais, cujo triunfar se dá pela interpenetração do direito público e do direito privado, inaugura uma nova forma de pensar e dialogar tais relações, ampliando e modificando o espectro exegético do operador jurídico. Este repensar registra a alteração substancial dos pilares do Direito Privado – a família, a propriedade, o contrato e a empresa – de forma a concebê-los, na contemporaneidade, funcionalizados e voltados ao atendimento da nova ordem ideológica constitucional. A publicização do espaço privado é o resultado de um evolucionamento teórico-social importante e que produz resultados positivos.

A construção de uma organização social mais justa e coadunada com interesses da coletividade tem inspirado a atividade legislativa. Assim, um conjunto ampliado de regras vem multiplicando o esforço teórico que demonstra a vigência de novos anseios coletivos. O cenário ampliado do interesse coletivo obrigou uma reordenação do espaço de atuação dos entes quando sujeitos privados. Nesse panorama, a alteração do modelo de Estado instituído na sociedade civil brasileira é fundamental para destacar que (I) a concepção clássica dos institutos jurídicos do liberalismo e (II) a compreensão da empresa como sujeito de direito voltada, apenas e tão somente, para o acúmulo de dividendos, apresentam uma nova perspectiva, embasada nos princípios constitucionais da dignidade humana e da solidariedade social.

A função social da propriedade é, conseqüentemente, uma realidade incorporada ao ordenamento jurídico. O proprietário, atento a esta nova realidade, tem a responsabilidade de dar aos bens privados uma utilidade coletiva. Em relação à propriedade dos meios de produção, o mesmo argumento deve ser instrumentalizado, dando aos bens a utilidade expectada pelo ordenamento. O presente ensaio pretende discutir alguns dos aspectos anteriormente referidos, buscando edificar uma nova leitura hermenêutica, voltada à aplicação direta e eficaz da ordem constitucional brasileira às relações privadas. Contudo, essa não é uma atividade muito simples. O período atual é sensibilizado por uma série de alterações no quadro econômico-financeiro internacional, que reforçam ainda mais essas questões.

2. A empresa na sociedade contemporânea

Apresentar sucintamente uma breve digressão evolutiva torna-se imprescindível para delinear a construção da noção de sujeito de direito que perpassa, necessariamente, determinados aspectos, quais sejam: I) o perfil estatal instalado na sociedade civil; II) a ordem jurídica correlata ao perfil de Estado; III) a noção de sujeito de direito como imagem do perfil de Estado e sistema jurídico ideados e concebidos em um determinado momento da história social.

O modelo de Estado Liberal foi concebido na modernidade como garantidor da legalidade e da liberdade. Indivíduos livres – para agir – e iguais – diante da norma – assumiam uma condição de entes abstratos diante do sistema jurídico. Nesse ambiente de assepsia jurídica, a igualdade formal caracterizava as relações inter-subjetivas e impedia uma visualização adequada da realidade social.²

Nesse contexto, a empresa fora concebida como um ente jurídico dotado de potencialidade, para a produção e transformação de bens. Caracterizava-se pela busca de mercados e incessante lucratividade, já que, inserida num modelo de exploração capitalista, sem qualquer entendimento e ou comprometimento com a realidade social. A empresa era, portanto, uma atividade eminentemente econômica.

As alterações de natureza comercial, financeira, econômica e institucional ocorridas no ambiente internacional ampliaram a complexidade da atividade empresarial, ao mesmo tempo em que um novo perfil de Estado hospedou um modelo distinto de sistema jurídico. Aliando-se esses aspectos, é certo que o desenho e a estrutura da empresa alteraram-se, passando esse ente jurídico a desempenhar um papel mais relevante na sociedade contemporânea.

Contudo, num passado recente, a ação empresarial tinha como foco central os aspectos mais elementares de sua atividade. O exercício da mercancia era pensado em termos de acúmulo de capitais, e neste processo eram admitidos quaisquer meios para alcançar a finalidade precípua. Uma das questões mais relevantes, exemplificativamente, que demonstra a alteração no padrão de comportamento, está associada à destruição do meio ambiente.

Os custos da atividade empreendedora, nesse caso, eram divididos com a sociedade civil, enquanto a mais valia obtida no processo manufatureiro e ou de prestação de serviços era acumulado de forma exclusiva pelo dono dos meios de produção. A criação de riquezas, desejável pela comunidade, não poderia ser atuada sem os limites da sustentabilidade e ou dos interesses coletivos.

Ainda nessa senda, é importante lembrar que os danos ambientais em grande escala não foram uma exclusividade do capitalismo. No período de existência do socialismo real, algumas ações violentaram importantes ecossistemas de forma irreversível. Assim, não se trata de um cenário adstrito simplesmente a orientações econômico-políticas, mas, sobretudo, relaciona-se a uma leitura diferenciada do sujeito.

Desse modo, essa visão, apenas parcial da atividade empresarial, tende a mudar em ritmo cada vez mais acelerado e são numerosos os exemplos que apontam para a uma nova realidade incorporadora de valores coletivos. A ampliação dos círculos de interação da empresa com a sociedade, abrangendo interesses e

² BARCELONA, Pietro. *Formazione e sviluppo del diritto privato moderno*. Nápole: Jovene, 1993, p. 33.

responsabilidades coletivas, tornou significativamente mais relevante a função empresarial.

A compreensão dessa mutação pode alterar o comportamento decisório dos dirigentes empresariais, como também, a visão da empresa simplesmente como agente econômico. A atividade empresarial, igualmente, deve redefinir todos os seus conceitos e modificar a interpretação dos elementos que a compõem. Quer dizer, ao invés de ser entendida como meio de acúmulo de valores para o capitalista, a empresa deve ser observada como um sistema pelo qual se expressa a atividade humana no campo econômico, com objetivos múltiplos de realização pessoal do empresário e de todos que com ela colabora, assim, e notadamente, a sociedade civil na qual está inserida.

Nesse contexto, a empresa – concebida antes de tudo como um poder – deve ampliar suas responsabilidades sociais, redefinir seu papel e missão na sociedade, ou seja, deve o empreendimento possuir uma função social. A empresa, para sua própria subsistência, precisa realizar atividades distintas daquelas que até pouco tempo eram consideradas suficientes para sua manutenção, ou seja, as diretamente ligadas à produção de riquezas e obtenção do lucro.

Segundo Comparato

[...] a função social da propriedade não se confunde com as restrições legais ao uso e gozo dos bens próprios; em se tratando de bens de produção, o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos.³

Em um mercado mundializado⁴, a posição da empresa necessita de uma adaptação à nova realidade. A empresa no Estado contemporâneo representa uma força socioeconômica-financeira determinada, com uma significativa capacidade para gerar riquezas – em sentido amplo. Uma atividade empreendedora com uma

³ COMPARATO, Fábio Konder. Função Social da propriedade dos bens de produção. *Revista de Direito Mercantil*, n. 63, p. 76.

⁴ “No âmago do Estado nacional uma série de pequenos núcleos são organizados com base em interesses privados e com a condição para satisfazer os seus desígnios. Estão vinculados por possuírem características comuns ou apresentarem padrões de atuação semelhantes. Sua ação, bem como, os efeitos de sua ação, transpassa o vínculo fronteiriço. [...] Neste conjunto de novos atores alguns podem ser referidos: Grupos Econômicos – conglomerados multimidiáticos, empresas transnacionais, grupos industriais e financeiros [...]” CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. *Introdução ao estudo das relações internacionais*. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 49-51.

interessante plataforma de interação com a coletividade, pode modificar profundamente o seu entorno social.

Uma empresa da área de cosmetologia que resolva industrializar determinados bens de forma ecologicamente sustentável, pode produzir interessantes conseqüências para o entorno onde está instalada e ou produzir efeitos ampliados em sua atividade. Se o fornecedor de matérias primas é obrigado a produzir de forma sustentável, ele passa a respeitar o meio ambiente; se o consumidor atento identifica a atividade empreendedora como sendo ambientalmente sustentável, irá adquirir simpatia pelo empreendimento.

Tendo sido estabelecido um diferencial competitivo, a atividade empresarial tem chances extraordinárias de se tornar um agente multiplicador do bem estar social. Logo, a percepção atual não é mais de uma mera produtora ou transformadora de bens ofertados ao mercado, ao contrário, representa a possibilidade de construir uma comunidade mais justa e equilibrada.

A redefinição do papel e ou missão na sociedade, com a conseqüente ampliação das responsabilidades sociais, muitas vezes obtendo para si funções inerentes à atividade estatal é um aspecto polêmico da questão⁵. Nesse caso, alguns pesquisadores têm entendido como inadequada a substituição da atividade de responsabilidade pública, por agentes realizadores, imbuindo de outras finalidades que não aquelas que se propuseram a realizar.

O paradoxo que parece defluir da nova concepção da empresa como sujeito de direito no Estado contemporâneo, é a indagação de se atribuir uma função social à empresa numa organização moldada sob a ótica capitalista. Isso não inviabilizaria as empresas por se atribuir funções outras que não as diretamente relacionadas à produção de riquezas? Essa postura não anularia ou dificultaria o fim último das mesmas, que é o lucro? Parece que não, e é importante dizer que essa instituição não irá renunciar à sua finalidade lucrativa ao voltar-se para a sua função social. É que as empresas, na atualidade, acabam sendo tão responsáveis quanto o Estado, no que se refere a assegurar os direitos individuais do cidadão, dando-se ênfase na melhora não apenas do aspecto econômico, mas também do social e da comunidade na qual está inserida, o que, em última análise, beneficia todas as partes.⁶

⁵ ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Taís Cristina de Camargo. Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11, p. 245, jul-set 2002.

⁶ “[...] já não é novidade o bom relacionamento que deve prevalecer entre as empresas e os seus empregados, clientes, acionistas e a comunidade. A preocupação com a poluição ambiental, a participação em obras culturais, a contribuição da empresa na oferta de benefícios diretos e indiretos à comunidade passou a ser ‘cobrada’ no seu ambiente de atuação”. (ARNOLDI; MICHELAN. *Op. cit.*, p. 248-249).

A nova empresa pode ser concebida como um sistema de muitos elementos, cada um deles individualizados, que conjugam o rol de atividades atribuídas à empresa. A estrutura desse sistema pode ser visualizada pelos seguintes aspectos: I) objetivos dos empreendedores; II) a *affectio societatis* que torna possível a união dos mútuos interesses; III) o capital financeiro inicial necessário e fontes – própria, financiamentos por Bancos e fornecedores, parcerias; IV) a missão da empresa, ou seja, o que ela deverá alcançar para remunerar o capital; V) o tipo societário; VI) a localização geográfica da empresa. Tais aspectos podem ser definidos como a estrutura fixa e estratégica da empresa.

Há, ainda, a estrutura dinâmica da empresa – operação –, cuja composição demanda: I) mão-de-obra; II) tecnologia própria ou adquirida; III) decisão sobre o tipo de produção, se horizontalizada ou verticalizada; IV) qual a rede ideal de fornecedores de matéria-prima e serviços e qual o regime de entregas – *just in time*, v.g. –; V) o tipo de armazenagem dos materiais e produtos acabados; VI) o controle de qualidade da produção; VII) a logística aplicável.

O contato da empresa com a sociedade resulta nos seguintes aspectos: busca do mercado apropriado; tipo de transporte mais eficaz; rede de distribuição e venda; a rede de fornecedores de bens e serviços; o tipo de propaganda e a mídia desejada; e a logística aplicável. Serviço auxiliar (28) Também concentram a estrutura da empresa contemporânea, a saber: as assessorias externas; assistência técnica e manutenção de instalações; serviços de guarda e segurança; seguros; serviços de treinamento da mão-de-obra, que poderão ser constituídos e prestados interna ou externamente à empresa; serviços de assistência médico-social.

A memória virtual gerada pela empresa é destacada pelas informações do mercado; informações geradas pelas projeções futuras resultantes dos cenários possíveis criados pela empresa; os *software* de propriedade ou uso da empresa; a marca, patentes, relacionamentos com a sociedade civil; a sensibilidade – *feeling* – resultante desse relacionamento. Por derradeiro, a estrutura formal da empresa como sendo as relações com os governos; o *lobbying* junto aos mesmos; a adaptação às obrigações ambientais; e a adaptação às obrigações comunitárias.

Esta descrição da empresa moderna deve incorporar o compromisso com o modelo de responsabilização vigente, que obriga o empreendedor a atuar imbuído de novas atribuições. Juridicamente, as alterações que pretendem modificar a realidade sócio-empresarial possibilitaram avanços consideráveis. Contudo, a existência de um conjunto normativo garantidor de um novo espaço para as interpenetrações público-privadas não é suficiente para a reestruturação dos modelos de apropriação dos bens da riqueza. Uma nova

exegese da realidade econômico-social exige o comprometimento dos entes empresariais.

3. A funcionalização da empresa na nova ordem constitucional

A nova ordem jurídica, consagrada pela Constituição Federal de 1988, impõe ao intérprete revisitar os conceitos da visão clássica do Direito. Assim, figura o sujeito de direito 'empresa' que possui atribuições, conforme referido, superiores as classicamente consideradas, inaugurando um novo cenário em que o mercado, a economia, a sociedade civil e a empresa conjugam-se.

A tendência consagrada pelo texto constitucional está voltada para a função social dos institutos jurídicos, e a empresa não poderia ser excluída, já que concebida como operadora de um mercado funcionalizado. A norma constitucional assevera explicitamente qual a finalidade da ordem econômica, ressaltando a valorização do trabalho humano, da livre iniciativa, assegurando à coletividade dignidade e justiça social.

Segundo Fachin,

[...] a dignidade da pessoa humana foi pela Constituição concebida como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais. E, como tal, lança seu véu por toda a tessitura condicionando a ordem econômica, a fim de assegurar a todos existência digna (art. 170). Da mesma forma, na ordem social busca a realização da tão sonhada justiça social (art. 193), na educação e no desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania.⁷

Os contornos da disciplina civilista, marcada pelo certame da Constituição Federal de 1988, foram profundamente modificados. A existência da propriedade dos bens sem a utilidade que lhe seriam adequados e sem a consecução do interesse social é passível de apropriação. Logo, a atividade empresarial destituída de compromissos que atendam ao interesse da coletividade pode, em casos extremados, perder sua personalidade.

Configura-se inevitável, em conseqüência, a inflexão da disciplina civilista (voltada anteriormente para a tutela dos valores patrimoniais) em obediência aos enunciados constitucionais, os quais não mais admitem a proteção da propriedade e da empresa como bens em si, mas somente enquanto destinados a efetivar valores existenciais, realizadores da justiça social. São exemplos marcantes dessa

⁷FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 193.

nova perspectiva os dispositivos constitucionais que abrem os capítulos do Título dedicado à ordem econômica e financeira. Assim, o Art. 170, regulando os princípios gerais da atividade econômica, dispõe que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social”.⁸

Dessa forma, conforme descrito, é indispensável estender os efeitos axiológicos constitucionais também à empresa. O novo conjunto legal – consumidor, antitruste, ambiental – tem atentado para a importância da responsabilidade social da atividade empresarial. A dignidade humana, em vista de um mercado funcionalizado, é do sujeito e não somente do homem, também havendo espaço para a tutela da personalidade jurídica da empresa e do empresário.⁹

É importante notar que o “ônus social”, que eventualmente o empresário poderia suportar, é certamente um investimento que hoje compõe a sua atividade. Cresce, pois, ao lado e concomitantemente ao viés mercantil da empresa, a visão sobre o interesse social a que ela está voltada, condicionando uma grande parte do exercício da atividade empresarial ao atendimento da função social.

A rede contextual, que pode ser identificada com a comunidade, com a qual a empresa insere-se e compromete-se, estende sua ramificação, por exemplo, nas questões relativas à reforma agrária, à participação dos empregados nos lucros das empresas, à legislação *antidumping*, ao controle de produtos químicos e biológicos, à restrição ao abuso do poder econômico, ao Código de Defesa do Consumidor, à legislação ambiental, à penalização dos crimes contra o sistema financeiro, à lei de informática, ao Código de Propriedade Industrial, à definição dos crimes contra a lavagem de dinheiro e, no âmbito do Direito Internacional, às organizações como a OMC – Organização Mundial do Comércio – e a regionalização econômica como o Mercosul.

Em alguns setores, a responsabilização do ente empresarial transpassa o limite e a capacidade legal, é o caso das regras antitruste. Conforme assevera Carvalho, a dinâmica econômico-comercial marcada pela descentralização da possibilidade de controle jurídico devolve aos entes econômicos prerrogativas como a da fisiocracia francesa do século XVIII – período conhecido como *laissez-faire*. Nesse cenário a cooperação entre sujeitos públicos e privados é a única solução adequada à implementação de controles jurisdicionais.¹⁰

⁸ TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil*. São Paulo, n. 65, p. 28, 1993.

⁹ CASTRO, Carlos Alberto Farracha de; NALIN, Paulo. Economia, mercado e dignidade do sujeito. In RAMOS, Carmem Lucia Silveira et al. *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 121.

¹⁰ CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. *Direito Antitruste e Relações Internacionais: extraterritorialidade e cooperação*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 157-203.

Somente na última década as regras antitruste ganharam notoriedade mundial. Possivelmente, foi por influência do sistema norte-americano de proteção da concorrência. Ainda, acrescente-se a isso, uma economia mundial em crescente internacionalização em que os agentes econômicos ganham *status* global e suas operações produzem impactos internacionais. As autoridades antitrustes têm observado que, no âmago da economia global, o monitoramento das atividades empresariais, em nível local, transcende a corriqueira capacidade que a disciplina unilateral dos fatos sociais normalmente requer. A ação dos agentes econômicos pode ser organizada de modo a evitar o controle de qualquer autoridade de concorrência.¹¹

De qualquer forma, é importante lembrar que o debate acerca da noção de responsabilidade social da empresa teve sua origem nos EUA, cujo estopim foi a Guerra do Vietnã, como contestação da sociedade às políticas que vinham sendo adotadas, tanto pelo país, quanto pelas empresas, especialmente aquelas diretamente envolvidas na fabricação de armamentos de guerra. Em decorrência desse movimento social, surgiram os primeiros relatórios socioeconômicos que procuraram descrever suas relações sociais.

Tais relatórios eram também chamados de ‘balanços sociais’, apresentando-se como uma outra alternativa na ligação entre a empresa, seus funcionários e a comunidade. É através desse instrumento de gestão e informação que se evidencia plenamente as informações econômicas, financeiras e sociais do desempenho das entidades, de forma a se propiciar uma visão completa da participação e contribuição social e econômica da empresa em seu ambiente de atuação.¹²

O balanço social tem sido publicado nas empresas, ao lado do balanço patrimonial, como forma de dar publicidade ou, ao menos, de fazer constar das demonstrações financeiras uma preocupação com a sua responsabilidade social, revelando para o público sua preocupação com interesses coletivos¹³. A medida vem se tornando uma prática muito comum entre empreendedores que optaram por uma relação mais transparente com a sociedade.

As oportunidades estabelecidas pela nova dinâmica jurídica possibilitam um amplo leque de ações que produzem a satisfação dos interesses coletivos e que, ao mesmo tempo, representam um modelo de investimento na própria imagem do empreendedor. Uma das maiores preocupações da atividade empresarial moderna está justamente na imagem que o consumidor tem dos serviços e dos bens ofertados pelo empreendedor. Com frequência, são investidos valores

¹¹ Idem, p. 158.

¹² ARNOLDI; MICHELAN. *Op. cit.*, p. 245.

¹³ BOITEUX, Fernando Netto. A função social da empresa e o novo Código Civil. *Revista de Direito Mercantil*. v. 125, p. 52, jan-mar/2002.

consideráveis com pesquisas que apontam o óbvio: empreendimentos coadunados com as questões sociais são mais respeitados pelos consumidores.

A consagração normativa da função social dos institutos jurídicos como a empresa são sintomáticos no processo de evolução social. É, portanto, fundamental uma evolução da sociedade – disposta a aceitar e legitimar a atividade empresarial – da administração pública – possibilitando todas as formas de incentivos fiscais e tributários – do poder judiciário – rompendo com a hermenêutica clássica em torno dos institutos jurídicos – e do próprio empreendedor – flexibilizando sua interpretação sobre o alcance das suas funções – para que uma nova realidade cooperativa seja edificada.

Conclama-se, pois, a inevitável atribuição à empresa de uma função social, não significando com isso a imposição de limites à atividade empresarial, mas sob o aspecto funcional, o que se proclama é a proteção da empresa contra a voracidade patrimonialista do mercado. A função social encontra no princípio conservativo do ente e da empresa social, que para além de suas clássicas aplicações relativas à dissolução das empresas, revela-se neste momento renovado, no sentido de que os interesses da empresa devem prevalecer em face de eventuais posturas divergentes do mercado.¹⁴

A esfera do poder de decisão nas empresas da sociedade civil contemporânea vem se estendendo do seu centro para a periferia da estrutura organizacional, de forma que outros níveis são incluídos no processo de tomada de decisões, exigindo a participação de empregados que, até há pouco tempo, simplesmente obedeciam a ordens superiores sem a oportunidade de contribuir com idéias que, na atualidade, comprovam-se importantes e vitais na empresa.

A governança corporativa, por exemplo, como novo regime do processo decisório, demonstra, claramente, a evolução que se observa e que afasta a influência unicamente capitalista do processo que determina os destinos da empresa. Exemplos e fórmulas de gestão administrativa pululam e querem apontar para a modificação em curso, que depende do interesse e do comprometimento do empreendedor com as funções que desempenha.

Esses são aspectos ligados ao crescimento e à complexidade da estrutura empresarial na sociedade civil contemporânea, cuja tendência, talvez, desloque definitivamente a tomada de decisões para um processo mais democrático, pois cresce a importância dos interesses externos à empresa pela sua eficácia, produção de riquezas, garantia dos acionistas, colaboradores e credores em geral.

Por tudo isso, é razoável esperar-se que a empresa, como ente participante da sociedade civil, interaja com esta, ajudando-a no atendimento aos cidadãos, principalmente, no tocante à educação e treinamento de seus funcionários, como,

¹⁴ CASTRO, Carlos Alberto Farracha de; NALIN, Paulo. Economia, mercado e dignidade do sujeito. In RAMOS, Carmem Lucia Silveira *et al.* *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 121.

também, da comunidade em que a empresa estiver inserida. Os valores investidos deverão constar do balanço social, enquanto que o passivo, ainda que seja desconhecido ou estimado pelas necessidades da comunidade não atendidas, ficará de fora, por dificuldades na identificação do responsável – se é o Estado, se é a empresa, ou se são ambos, o que é o mais provável.

4. Considerações finais

A atividade empresarial vem, no curso dos anos, alterando suas funções. Essas modificações demonstram um salutar aprimoramento nas suas relações com a coletividade. Inicialmente pautada, por considerações eminentemente mercantis, hoje, seu escopo transpassa as noções clássicas e apresenta-se como portadora de responsabilidades sociais. A interpretação em torno da função social da empresa representa um conjunto de fenômenos importantes para a sociedade e indispensável para a satisfação dos interesses coletivos. A breve discussão estabelecida anteriormente identifica os novos contornos do sistema jurídico e de seus institutos fundamentais, insertos em torno dos valores da dignidade humana, solidariedade social e justiça social.

A empresa, assim como o contrato, a propriedade e a família, recepciona os novos mandamentos constitucionais, dentre os quais a função social. As alterações recentemente produzidas no ordenamento jurídico vêm ampliando o embate entre modelos de interpretação conservadora e a nova hermenêutica em torno da atividade empresarial. Assim, o comportamento social que antecipa a normatividade, vem aprimorando as relações entre os sujeitos envolvidos na atividade empresarial. Superada a visão essencialmente mercantil do ente societário para o alcance, cada vez maior, da inserção e comprometimento da empresa com as responsabilidades sociais, uma nova relação deverá surgir das responsabilidades sociais da empresa. Deste modo, as obrigações legais passam a ser encaradas com investimento social.

Estado e empresa devem trabalhar juntos para a concretização dos interesses sociais. É evidente que a atividade empresarial assumiu dimensões extraordinárias que cada vez mais acentuam a importância transcendental da circulação e a produção de riquezas. Esse comportamento não implica, contudo, em uma diminuição da lucratividade, mas ao contrário, pode-se constatar uma melhoria nas condições sócio-econômicas das empresas que se voltam para o atendimento de necessidades sociais. A construção de um espaço de cooperação público-privado dinamiza a função social da empresa. A responsabilidade social é uma tarefa coletiva e uma nova hermenêutica em torno dessas atribuições deve permear o comportamento jurídico, quando da subsunção de normas afeitas a atividade empresarial.

REFERÊNCIAS

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Taís Cristina de Camargo. Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada. *Revista de Direito Privado*, n. 11, jul-set 2002.

BARCELLONA, Pietro. *Formazione e sviluppo del diritto privato moderno*. Nápoli: Jovene, 1993.

BOITEUX, Fernando Netto. A função social da empresa e o novo Código Civil. *Revista de Direito Mercantil*, v. 125, jan-mar 2002.

CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. *Direito antitruste e relações internacionais: extraterritorialidade e cooperação*. Curitiba: Juruá, 2001.

_____. *Introdução ao estudo das relações internacionais*. Porto Alegre: Síntese, 2003.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha de; NALIN, Paulo. Economia, mercado e dignidade do sujeito. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira *et al.* (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. *Revista de Direito Mercantil*, v. 63.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil*. São Paulo, n. 65, 1993.

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

A Revista de Direito da UNIMAR - ARGUMENTUM tem como objetivo principal divulgar trabalhos elaborados pelo corpo docente e discente da Faculdade de Direito da UNIMAR.

As contribuições podem ser enviadas nas seguintes formas trabalhos originais, artigos, resenhas.

Solicita-se observar as instruções abaixo para o preparo dos trabalhos:

1. Os trabalhos deveram conter de 10 a 30 páginas, com 30 linhas, no espaço 1,5 cm, margens de 2,5 cm e Letra Times New Roman (corpo 12), com duas (2) cópias impressas em A-4 e uma cópia em disquete em formato DOC.

2. Os artigos devem ser encaminhados à Comissão Editorial da Revista, devendo conter as principais conclusões do trabalho e obrigatoriamente um resumo, em português e inglês, na seguinte forma:

a) Título do trabalho deve ser conciso e indicar o conteúdo.

b) Nome do autor (com chamada de rodapé, referente aos autores), deve constar o cargo, a disciplina que autor ministra e a Faculdade a que pertence, sendo em numeração consecutiva chamada de números-índices colocados logo após o nome de cada autor.

c) Resumo poderá vir de várias formas: apresentar apenas um sumário das idéias do autor, narrar as idéias mais significativas, condensar o conteúdo de modo que dispense a leitura do texto original. O resumo será constituído de um só parágrafo, com até 500 palavras. Será seguido de indicação dos termos de indexação (palavras-chave). A tradução para o inglês formará o abstract e key words.

d) As Referências no texto deverão ser feitas numericamente, citando-se o autor, quando estritamente necessário.

e) As tabelas deverão ser numeradas com algarismos arábicos, sempre promovidas de títulos explicativos e constituídas de modo a ser inteligíveis independentemente do texto. Não devem ser usadas linhas verticais. As horizontais devem aparecer para separar o título do cabeçalho e este do conteúdo, além de uma ao final da tabela.

f) As Referências deverão observar as normas da ABNT (Associação Brasileira de Norma Técnicas) 6023: 2002 e 10520: 2002. Só serão incluídos traba-

lhos citados no texto ou tabela(s) que deverão ser inseridos em ordem alfabética e da seguinte forma:

Periódicos: Nome de todos os autores. Título do artigo, Título do periódico, local, volume, paginação inicial-final, ano de publicação.

Exemplo:

COUTO, R. H., J. M. S.; PEREIRA, J. M. S. Estudo da polinização entomófila em Cucurbeta pepo (Abóbora italiana). *Científica*. São Paulo, v. 18, p. 21-29, 1990.

MENU, B. La condition de la femme das l'Égypte pharaonique. *Révue Historique de Droit Français et Étranger*. Paris, v. 67, n. 1, p. 3-35, jan/mar. 1989.

Livros:

Autores. Título da publicação, n. de edição, local: firma editora, ano de publicação, páginas consultadas.

Exemplo:

GARCIA, W. *Administração educacional em crise*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Cortez Editora, 2001, 118 p.

Sem autor expresso:

CULTURA de algodão. *Conj. Econ.* Rio de Janeiro, v. 5, n. 4, p. 5-15, 1967.

Capítulo de livro:

ALMEIDA, J. B. de. Solos dos pampas. In: ALVAREZ V. V. H., FONTES, L. E. F.; FONTES, M. P. F. (Ed). *O solo nos grandes domínios morfoclimáticos do Brasil e o desenvolvimento sustentado*. Viçosa: SBSC/UFV, 1996, p. 289-306.

Trabalhos em Anais de Congresso, Simpósio etc.

Exemplo:

REIN, T. Uso eficiente dos fertilizantes fosfatados e solubilidade. In: SIMPÓSIO NACIONAL DO SETOR DE FERTILIZANTES, 1. São Paulo, 1994, **Anais...** São Paulo, Finep, 1994, p. 101-125.

Na Internet:

RIBEIRO, P. S. G. Adoção à brasileira; uma análise sócio-jurídica. Datavenia, São Paulo, ano 3, n. 18, ago. 1998. Disponível em << <http://www.datavenia.inf.br/fran-ameart.html>>. Acesso em: 10 set. 1998.

Citações:

1. Especificar no texto a(s) página(s), volume(s), ou seção (ões), da fonte consultada, se houver. Este(s) deve(m) seguir a data, separado(s) por vírgula e

precedido(s) pelo designativo, de forma abreviada, conforme a NBR 10520:2002, que o(s) caracteriza.

Exemplos:

A produção do lítio começa em Searles Lake, Califórnia, em 1928 (MUMFORD, 1949, p. 513).

Oliveira e Leonards (1943, p. 146) dizem que a “[...]relação da série São Roque com os granitos porfiróides pequenos é muito clara [...]”.

2. As transcrições no texto de até três linhas devem estar encerradas entre aspas duplas. As aspas simples são utilizadas para indicar citação no interior da citação.

Exemplos:

Barbour (1971, p. 35) descreve: “[...] o estudo da morfologia dos terrenos [...] ativos” ou “Não se mova, faça de conta que está morta” (CLARAC; BONNIN, 1985, p. 72).

3. As transcrições no texto com mais de três linhas devem ser destacadas com recuo de 4 cm da margem esquerda, com letra menor que a do texto utilizado e sem aspas. (NBR 10520:2002)

4. As citações devem ser indicadas no texto por um sistema numérico ou autor-data. Qualquer que seja o método adotado deve ser seguido consistentemente ao longo de todo o trabalho, permitindo sua correlação na lista de referências ou em notas de rodapé.

Todos os trabalhos serão examinados por consultores científicos e pelo Conselho Editorial. Os que precisarem de modificações serão devolvidos ao(s) autor (es) para revisão, até serem definitivamente aprovados. São de exclusiva responsabilidade dos autores opiniões e conceitos emitidos nos trabalhos.

A **Revista ARGUMENTUM** reserva-se o direito de não publicar o trabalho enviado ou utilizá-lo em outra edição.

