

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA - UNICURITIBA**  
**PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO EMPRESARIAL E CIDADANIA**

**LEANDRO CONSALTER KAUCHE**

**RELAÇÃO ENTRE GOVERNADOS E GOVERNANTES: CAPACIDADE  
CONTRIBUTIVA E OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO ESTADO**

**CURITIBA**

**2018**

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA - UNICURITIBA**  
**PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO EMPRESARIAL E CIDADANIA**

**LEANDRO CONSALTER KAUCHE**

**RELAÇÃO ENTRE GOVERNADOS E GOVERNANTES: CAPACIDADE  
CONTRIBUTIVA E OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO ESTADO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a  
titulação de Mestre em Direito Empresarial e Cidadania  
do Centro Universitário Curitiba.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr.

**CURITIBA**  
**2018**

**LEANDRO CONSALTER KAUCHE**

**RELAÇÃO ENTRE GOVERNADOS E GOVERNANTES: CAPACIDADE  
CONTRIBUTIVA E OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO ESTADO**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em  
Direito no Programa de Mestrado do Centro Universitário Curitiba pela banca  
examinadora formada pelos professores:

---

Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr  
Orientador

---

Prof<sup>a</sup>. Dr.<sup>a</sup> Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr  
Membro Interno

---

Prof<sup>a</sup>. Dr.<sup>a</sup> Elisaide Trevisam  
Membro Externo

**CURITIBA, 2018**

## **AGRADECIMENTOS**

A presente dissertação de mestrado não poderia chegar a bom porto sem o precioso apoio de várias pessoas.

Em primeiro lugar, não posso deixar de agradecer a Deus por mais esta oportunidade de ensino, ao meu Orientador, Professor e Doutor Fernando Gustavo Knoerr, a minha Co-orientadora, Coordenadora do Programa de Mestrado de Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA, Professora e Doutora Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr e a Professora e Doutora Elisaide Trevisam, pela paciência, empenho e sentido prático com que sempre me orientaram neste trabalho, sem nunca me desmotivar.

Desejo igualmente agradecer a todos funcionários desta instituição, que foram sempre prestáveis, em especial, a querida Josi, pela delicadeza e cuidado em seus atendimentos na secretaria do Mestrado.

Por fim, não menos importante, a toda minha família pelo apoio incondicional que me deram, principalmente, a minha esposa Giseli (aluna especial deste programa de Mestrado), a minha amada e querida filha Mariah e as pessoas que já não estão neste plano material, mãe (Edna) e avó (Jovina), eternas presenças.

**“A liberdade não é um luxo dos tempos de bonança; é, sobretudo, o maior elemento de estabilidade das instituições”.**

**Rui Barbosa**

## RESUMO

O objetivo do tema, adotando o método dedutivo dialético, é fazer uma abordagem dos três filósofos contratualistas, Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, para identificar quais os fatores relevantes que justificaram o homem a se unir em sociedade, para constituir um ente com poderes soberanos. Diante desta análise, pretende evidenciar qual das teorias contratualistas se amolda mais com o sistema de governo brasileiro, bem como, se o contrato social ainda possui as suas características com a evolução da sociedade e da legislação brasileira. Na sequência da dissertação, traça-se um esboço sobre os requisitos obrigacionais para os governados se relacionarem juridicamente. E, partindo do princípio da teoria contratualista de John Locke, procede uma abordagem acerca da capacidade contributiva tributária e os limites de atuação do Estado, como ente arrecadador de tributos. Por fim, pontua o Poder Judiciário e a relação democrática dos magistrados, para a manutenção das relações entre contribuintes e o Estado.

**Palavras-chave:** capacidade contributiva, contrato social, pacto social, tributo.

## ABSTRACT

The subject of the dialectical deductive method, Thomas Hobbes, John Locke and Jean-Jacques Rousseau, to identify the relevant factors that justify the man in his society, to constitute an entity with sovereign powers. Facing this Analysis, The Probabilization Qualified Contract Standards (Portuguese), The Probabilization Qualifying Controlling Standards (American Social Monitoring Organization), The Probabilization Probabilization Probabilization Probabilities (The Social Statistical Agreement) is the major of the European society. Following the dissertation, a foreshortening about the requirements for the rulers is legally related. And, starting from the principle of John Locke's contractualist theory, there is an approach on contributory capacity and the limits of the state's performance as a tax collector. Finally, it punctuates the Judiciary Power and the democratic relation of the magistrates, for the maintenance of the relations between the contributions and the State.

**Keywords:** contributory capacity, social contract, social pact, tribute.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2. O PAPEL DO CONTRIBUINTE E AS DIFERENÇAS DE PACTOS SOCIAIS: CORONELISMO E DEMOCRACIA</b> .....	13
2.1 O HOMEM NO SEU ESTADO NATURAL.....	13
2.2 O NASCIMENTO DO PACTO SOCIAL.....	17
2.3 O CORONELISMO NO BRASIL.....	24
2.4 O PERÍODO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO.....	27
2.4.1 A formação do vínculo contratual nas relações entre os governados .....	36
2.4.1.1 As condições para a validade dos contratos .....	36
2.4.1.2 Requisitos subjetivos.....	37
2.4.1.3 Requisitos objetivos.....	38
2.4.2 Requisitos formais.....	39
2.4.3 Os princípios do direito contratual .....	40
2.4.3.1 Princípio da autonomia da vontade .....	40
2.4.3.2 Princípio do consensualismo.....	42
2.4.3.3 Princípio da relatividade dos efeitos do contrato .....	42
2.4.3.4 Princípio da obrigatoriedade dos contratos .....	44
2.4.3.5 Princípio da boa-fé .....	45
2.4.5 Fases da formação contratual .....	46
2.4.5.1 Negociação .....	46
2.4.5.2 Proposta .....	47
2.4.5.3 Aceitação.....	49
<b>3. RELAÇÃO ENTRE GOVERNADOS E GOVERNANTES: CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO ESTADO</b> .....	51
3.1 A TRIBUTAÇÃO COMO FOMENTO À CONTRAPRESTAÇÃO ESTATAL.....	51
3.2 O DEVER TRIBUTÁRIO DO ESTADO.....	55
3.3 O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA COMO LIMITE AO DEVER DE TRIBUTAR DO ESTADO .....	56
3.4 A ANÁLISE ECONÔMICA DA TRIBUTAÇÃO.....	60
3.5. DESVIRTUAÇÃO DO PACTO SOCIAL COM O AUMENTO DE PODERES DO ESTADO.....	63



3.6 MUDANÇA POR DIGNIDADE DE UM PACTO SOCIAL JUSTO .....	66
<b>4. O JUDICIÁRIO COMO BALUARTE NO EQUILÍBRIO DAS RELAÇÕES ENTRE O CONTRIBUINTE E O ESTADO .....</b>	<b>70</b>
4.1 A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DOS MAGISTRADOS .....	70
4.2 O CONTROLE DEMOCRÁTICO DO PODER JUDICIÁRIO QUANTO À FORMA DE COMPOSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....	74
4.3 A ATUAÇÃO DA SOCIEDADE COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DEMOCRÁTICO DO PODER JUDICIÁRIO .....	76
4.4 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMO INCENTIVO DA COMPOSIÇÃO E INSTRUMENTO DE CONTROLE DEMOCRÁTICO NO PODER JUDICIÁRIO .....	80
4.5 A APLICAÇÃO PRÁTICA DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA NOS JULGAMENTOS PROFERIDOS PELO PODER JUDICIÁRIO.....	85
<b>5. CONCLUSÃO .....</b>	<b>88</b>
REFERÊNCIAS.....	93

## 1. INTRODUÇÃO

Através de uma análise teórica, busca responder se na relação entre governados e governantes, diante da capacidade contributiva e os limites da atuação do Estado, ainda subsiste a figura do pacto social.

O objetivo da pesquisa é traçar um panorama diante dos três contratualistas: Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, a fim de identificar qual filósofo se assemelha ao sistema de governo brasileiro e como o tributo se afigura na vida dos indivíduos.

Tal análise se justifica, no intuito de identificar se os requisitos para a constituição do Estado inaugural, ainda subsiste na atualidade, com a evolução da sociedade e dos direitos e garantias que lhes são resguardados.

A metodologia utilizada no trabalho é o método dialético dedutivo, pois, diante da análise história e contextual, contraporá com o atual sistema legal brasileiro, o Estado Democrático de Direito.

No primeiro capítulo, se faz uma abordagem dos contratualistas Hobbes, Locke, Rousseau e Hegel, evidenciando o momento que cada um deles justifica a criação do Estado, visando a proteção de seus indivíduos. A partir de então, se faz uma conexão com a civilização atual, para esboçar se aquele pacto inicial ainda subsiste ou se foi deturpado ao longo dos tempos.

Assim, algumas divergências são pontuadas, comparando o início do pacto social com um estado liberal; o coronelismo, com traços de um estado social; e, a democracia, pela soma de direitos fundamentais e sociais concedidos aos cidadãos, mormente, com a participação efetiva de seus indivíduos, como entes representativos.

Nesta ocasião, muitos foram os poderes concedidos ao Estado, a fim de satisfazer o bem comum. De tal modo, visualiza-se que o Estado Democrático de Direito prospera em criar e fomentar o acúmulo de direitos fundamentais aos cidadãos, como ferramenta participativa na elaboração e sua construção.

E nas relações entre os governados, busca-se demonstrar que a Lei determina o modo formal como as obrigações devem ser realizadas, no intuito de preservar o direito de cada uma das partes ao resguardo do seu objeto. A partir daí os pactos contratuais ganham relevante caráter normativo, como mantenedores de direitos e deveres aos seus signatários, em espeque, a autonomia da vontade e a boa-fé.

Na sequência, aborda-se a distorção criada entre o tempo do individualismo voluntarista - criação do pacto social -, com os tempos modernos, demonstrando a tamanha distorção do conceito inicial, passando o Estado a ir além da manutenção da segurança e do patrimônio, uma vez que, atualmente, houve a ampliação de tais atividades para se fazer incluir direitos sociais, como a saúde, educação, previdência social, assistencialismo, redistribuição de riqueza, esporte, dentre inúmeros outros amparos.

No segundo capítulo, traça-se uma abordagem entre os governados e governantes, mediante a análise tributária da capacidade contributiva e o tamanho do Estado, pois, para a manutenção do Estado, surgiu a tributação como fonte de arrecadação de receita para fazer frente às despesas públicas, cuja parcela da riqueza produzida é revestida em caráter compulsório.

E neste aspecto, será analisado até que ponto o Estado pode adentrar ao patrimônio privado, com o aumento da carga tributária, para amparar a extensão dos serviços públicos que visa prestar.

Entrementes, a Constituição Federal atribuiu aos entes políticos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), a competência para a instituição e cobrança de tributos. E, também, a Lei de Responsabilidade Fiscal, determinou aos entes federativos que instituíam todos os tributos de sua competência, sob pena de responsabilidade fiscal.

Assim, é evidente que há tributos que avançam sobre a propriedade privada, uma vez que os princípios da capacidade contributiva e da igualdade, não raras vezes, são desconsiderados.

E numa análise econômica da tributação, pontua-se a necessidade de readequação do sistema, com o fito de garantir o desenvolvimento econômico e social do Estado.

Por fim, no terceiro capítulo, trata do Poder Judiciário, como órgão de resguardo da proteção estatal.

Neste prisma, discute-se a legitimidade democrática dos magistrados, quando agentes políticos - não eleitos pelo povo -; assim, abordando o sistema de freios e contrapesos, quando tais agentes, em exercício de função política (jurisdicional), enfrentam legislações - que são produzidas por pessoas políticas eleitas pelo povo (Senadores e Deputados Federais) -; e, não raras vezes, contrariam decisões

emanadas pelo Poder Executivo, pondo em xeque o próprio orçamento da máquina pública.

De tal modo, diante de tais fatores, analisa-se que a função jurisdicional é uma função da república, enquanto a do legislativo e executivo é função da democracia; bem como, sobre a questão de os magistrados possuírem legitimidade quando combatem leis e decisões emanadas por representantes do povo.

Outro ponto de discussão se refere a participação democrática na escolha de candidato ao preenchimento de vaga da Suprema Corte, quando se pretende demonstrar, o obstáculo para a partidarização e o aparelhamento jurisdicional no momento das suas indicações e nomeações; e, quanto à participação efetiva da sociedade no controle democrático do Poder Judiciário, com a alteração da Constituição Federal, através da EC 45/2004, e a introdução do Conselho Nacional de Justiça como órgão do Poder Judiciário.

Com efeito, finaliza o trabalho pontuando, sobre outros aspectos, a aplicação prática do princípio da capacidade contributiva nos julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário.

## 2. O PAPEL DO CONTRIBUINTE E AS DIFERENÇAS DE PACTOS SOCIAIS: CORONELISMO E DEMOCRACIA

Com o surgimento do Estado - consubstanciado, precipuamente, na garantia da proteção e segurança de seu povo e território -, nascem direitos e deveres aos seus indivíduos.

Dentre esses direitos de maior relevância e efetividade, é a proteção à vida e a propriedade privada cujo Estado proclama dar garantia em prol da cobrança dos deveres de cada membro, como a renúncia sobre a parcela da liberdade e o pagamento compulsório de impostos, subsidiando assim respectivos serviços.

E para tratar deste tema, realiza-se uma abordagem sobre os três contratualistas: Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau.

### 2.1 O HOMEM NO SEU ESTADO NATURAL

A liberdade é a essência do estado natural do homem - este tratado em sentido genérico - que nasce livre para traçar as suas escolhas, sendo o juiz de suas próprias decisões.

Thomas Hobbes (1999, p. 109), primeiro contratualista, era inglês e viveu no período de 1588 a 1679, na vigência do absolutismo, salientava que o homem era selvagem em seu estado primitivo, fazia o mal e buscava a guerra pela luta da sobrevivência:

Desta igualdade quanto a capacidade deriva a igualdade quanto a esperança de atingirmos nossos fins. Portanto, se dois homens desejam a mesma coisa, ao mesmo tempo que é impossível ela ser gozada por ambos, eles tornam-se inimigos. E no caminho para seu fim (que é principalmente sua própria conservação, e as vezes apenas seu deleite) esforçam-se por se destruir ou subjugar um ao outro. (...) Com isto se torna manifesto que, durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum capaz de os manter a todos em respeito, eles se encontram naquela condição a que se chama guerra; e uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens.

E, num um lugar sem leis, o homem poderia agir com toda a sua crueldade, visando a sua sobrevivência.

Em trabalho realizado sobre Hobbes, Edimar Inocência Brígido (Revista Jurídica Unicuitiba, 2013), descreve que o autor reconhece o homem primitivo, como aquele que tem uma propensão para a maldade, para a guerra contra o outro. E que, guiado pelas paixões, é natural o atrito do homem com o outro se manifestado o desejo por determinada coisa e esta não poder ser usufruída por ambos ao mesmo tempo.

Assim, para Thomas Hobbes, o homem se une em sociedade para se afastar do mal, entregando a sua liberdade e patrimônio para o rei absolutista (leviatã), único governante, quem ditará as regras de conduta (leis) e distribuirá a parcela da propriedade da forma que lhe convier.

Jonh Locke (2011, p. 68), segundo contratualista, era inglês e viveu no período de 1692 a 1702, na vigência do absolutismo e iluminismo, e ao contrário de Hobbes, reconhecia que o homem, em seu estado natural, eram iguais e independentes, e nasciam com direitos inalienáveis (vida, liberdade e patrimônio). E, enquanto homens livres, iguais e independentes entre si, se unem em coletividade com o fito de preservar a segurança de seu patrimônio:

Os homens são por sua natureza livres, iguais e independentes, e por isso nenhum pode ser expulso de sua propriedade e submetido ao poder político de outrem sem dar seu consentimento. O único modo legítimo pelo qual alguém abre mão de sua liberdade natural e assume os laços da sociedade civil consiste no acordo com outras pessoas para se juntar e unir-se em comunidade, para viverem com segurança, conforto e paz umas com as outras, com a garantia de gozar de suas posses, e de maior proteção contra quem não faça parte dela. Qualquer número de homens pode fazê-lo, porque não prejudica a liberdade dos demais, que ficam como estavam, livres no estado de natureza. Quando certo número de homens acordou assim em constituir uma comunidade com governo, ficam, de fato, fazendo parte dela e formando um corpo político, no qual a maioria tem a prerrogativa de agir e resolver por todos.

Neste viés, John Locke destaca que o homem no estado de natureza é tão livre, dono e senhor da sua própria pessoa e de suas posses e a ninguém sujeito. De igual natureza, sendo os homens livres e iguais para gozar dos mesmos direitos, sua fruição é muito incerta e passível de invasões, uma vez que inexiste a equidade e a justiça entre os homens, prevalecendo a lei do mais forte. Logo, fazendo o homem abandonar

tal condição que é muito perigosa, nasce a necessidade de unirem forças para a conservação recíproca da vida, da liberdade

e dos bens, assim denominado de “propriedade”.

E, unidos em comunidade, as decisões a serem tomadas leva-se em conta o desejo da maioria (democracia representativa), visto que, só podendo essa força agir autorizada por seus representantes, dentro das regras de conduta individual antes estabelecida e obedecida por todo o coletivo; assim, segundo John Locke (2011, p. 68), o que a maioria decidir, todo o povo deve obedecer.

Observamos, pois, que nas assembleias que têm poderes para agir mediante leis positivas, a decisão da maioria considera-se como sendo de todos e, sem dúvida, decide, investida do poder de todos pela lei da natureza e da razão.

Porquanto, chamando essa união dos homens que se encontravam em seu estado natural de corpo político, e concordando tais indivíduos em sair do seu estado libertário para se submeterem a um governo e às regras de conduta e obediência - onde serão regidos pela decisão da maioria do grupo a que estão inseridos -, assim, as novas gerações que advirem dentro do respectivo grupo irão aderir ao pacto, vindo também a se submeterem às mesmas regras; sobretudo, em razão da impossibilidade da criação de novos governos dentro de um já existente.

E Jean-Jacques Rousseau (2015, p. 11), terceiro contratualista, era Suíço e morou na França, viveu no período de 1712 a 1778, na vigência do iluminismo, reconhecia que os homens, em seu estado natural, nasciam bons, mas se corrompiam nas suas relações sociais.

Para Rousseau, o homem ao se unir com outro da sua espécie, passa a gerar filhos, assim, surgindo o início da vida em sociedade; já que, numa relação de dependência, os filhos passam a obedecerem aos pais, que lhe ensinam os conceitos básicos da vida e a sobreviver, após, ao adquirirem independência, passam a ser detentores de seu livre-arbítrio, podendo ou não permanecer unidos, pois não dependem mais dos outros.

Neste contexto de sociedade, Jean-Jacques Rousseau (id., p. 11) traz a figura da família, como o primeiro exemplo da vida em sociedade:

A mais antiga de todas as sociedades, e a única que é natural, é a família. Ainda assim, os filhos só permanecem ligados ao pai enquanto dele necessitam para sua manutenção. Uma vez cessada essa necessidade, o vínculo natural se dissolve. Os filhos, isentos da obediência devida ao pai, o pai isento dos cuidados devido aos filhos, retornam igualmente à independência. Se permanecem unidos não é mais naturalmente, mas voluntariamente e a própria família só se mantém por convenção.

Igualmente, quando o homem natural adquire independência - momento em que atinge certa maturidade, conseguindo se defender e se alimentar -, não se torna mais natural a manutenção junto à família; sobretudo, se isso vier a ocorrer, como colocado por Jean-Jacques Rousseau, estar-se-á submetendo a uma convenção, mediante a observância de regras de conduta e obediência para permanecer íntegro ao grupo familiar.

Se observa por essa convenção, o pai é considerado o chefe da família, comparado com um governante chefe de seu governo; e, os filhos, representariam o povo, a que obedecem às ordens emanadas de seus representantes, conforme alinhado por Jean-Jacques Rousseau (2015, p. 12):

Na família, a imagem do pai é o chefe, os filhos a imagem do povo. Toda a diferença consiste em que dentro da família o amor do pai pelos seus filhos o recompensa pelos cuidados que lhes dedica e, no Estado, o prazer de comandar substitui esse amor que o chefe não dedica ao seu povo.

Como visto, no momento em que o filho atinge a maturidade, entretanto, ficando entrelaçado ao grupo familiar, o mesmo acaba por ceder a parcela da sua liberdade para prestar obediência ao pai, diante das regras de conduta antes estabelecida.

E para Jean-Jacques Rousseau, ele exemplifica que o homem possui amor próprio, mas vivendo em sociedade, passa a ser corrompido. Todavia, o homem em seu estado natural, quando se une com outros homens, formando um corpo político e, por consequência, um governo, fica obstado de se desfazer do referido pacto para a criação de novos grupos dentro de um mesmo território, em razão de ter condicionada a parcela da sua liberdade individual para a submissão do pacto social, com o único objetivo, garantir a preservação da segurança coletiva de todo o seu patrimônio.



Assim, para Rousseau, a vida em sociedade se daria através de uma democracia participativa, onde todos deveriam opinar nas decisões a serem tomadas e decididas pela maioria. E a propriedade, não deveria existir, sendo ela a causa dos males da sociedade.

## 2.2 O NASCIMENTO DO PACTO SOCIAL

Diante da análise das teorias contratualistas de Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, sendo cada obra escrita e compreendida em determinado plano de governo e espaço de tempo da história, tais autores reconheciam que o homem vivendo em seu estado natural ou primitivo, possuía determinadas necessidades de conviver em sociedade, pois, sozinho, não podia mais permanecer.

Thomas Hobbes (1999, p. 145-146), reconhece que o homem é egoísta e selvagem, e por isso, como meio de evitar a sua destruição, necessário passar a conviver em sociedade e criar um ente soberano para ditar as regras de conduta (Rei Absolutista):

Na medida em que pactuam, devem entender-se que não se encontram obrigados por um pacto anterior a qualquer coisa que contradiga o atual; (...) não podem legitimamente celebrar entre si um novo pacto no sentido de obedecer a outrem, seja no que for, sem sua licença. (...) dado que o direito de representar a pessoa de todos é conferido ao que é tornado soberano mediante um pacto celebrado apenas entre cada um e cada um, e não entre soberano e cada um dos outros, não pode haver quebra de pacto por parte do soberano, portanto nenhum dos súditos pode libertar-se da sujeição, sob qualquer pretexto de infração.

Edimar Inocêncio Brígido (Revista Jurídica Unicuritiba, 2013), abordando o tema em seu trabalho acadêmico, conclui que o objetivo de os indivíduos se unirem e contratarem é a proteção. Mas indica que esta proteção somente é eficaz, segundo Hobbes, através da encarnação da força na espada. Os contratos, em si, não são mais que palavras fáceis de serem violadas, caso não haja ameaças de punições. Isso porque, segundo Hobbes, as paixões dos homens são mais fortes que a razão. Assim, não basta a vontade geral, é necessária vontade estatal para por ordem e assegurar os compromissos sociais. É necessário o poder do Estado.

E esse poder deveria ser centralizado em um ente soberano (Rei Absolutista), cujo povo abriria mão da sua liberdade e patrimônio para atender aos comandos e regras deste contrato. Registra-se que para este filósofo, a propriedade não pertence mais ao homem, pois abdicou dela, cabendo aos governantes definirem a forma de utilização da mesma.

Já para John Locke (2011, p. 68), os homens nascem com os seus direitos inalienáveis (vida, liberdade e patrimônio); assim, enquanto homens livres, iguais e independentes entre si, se unem formando uma coletividade para preservar a segurança de seu patrimônio, constituindo, um pacto social:

Os homens são por sua natureza livres, iguais e independentes, e por isso nenhum pode ser expulso de sua propriedade e submetido ao poder político de outrem sem dar seu consentimento. O único modo legítimo pelo qual alguém abre mão de sua liberdade natural e assume os laços da sociedade civil consiste no acordo com outras pessoas para se juntar e unir-se em comunidade, para viverem com segurança, conforto e paz umas com as outras, com a garantia de gozar de suas posses, e de maior proteção contra quem não faça parte dela. Qualquer número de homens pode fazê-lo, porque não prejudica a liberdade dos demais, que ficam como estavam, livres no estado de natureza. Quando certo número de homens acordou assim em constituir uma comunidade com governo, ficam, de fato, fazendo parte dela e formando um corpo político, no qual a maioria tem a prerrogativa de agir e resolver por todos.

Neste viés, este filósofo afirma, que o homem no estado de natureza é tão livre, dono e senhor da sua própria pessoa e de suas posses e a ninguém sujeito. De igual natureza, sendo os homens livres e iguais para gozar dos mesmos direitos, sua fruição é muito incerta e passível de invasões, uma vez que inexiste a equidade e a justiça entre os homens, prevalecendo a lei do mais forte. Logo, fazendo o homem abandonar tal condição que é muito perigosa, nasce a necessidade de unirem forças para a conservação recíproca da vida, da liberdade e dos bens, assim denominado de “propriedade”.

E, unidos em comunidade, as decisões a serem tomadas leva-se em conta o desejo da maioria (democracia representativa), visto que, só podendo essa força agir autorizada por seus representantes, dentro das regras de conduta individual antes estabelecida e obedecida por todo o coletivo, como leis positivas, segundo John Locke (2011, p. 69):

Observamos, pois, que nas assembleias que têm poderes para agir mediante leis positivas, a decisão da maioria considera-se como sendo de todos e, sem dúvida, decide, investida do poder de todos pela lei da natureza e da razão.

Porquanto, chamando essa união dos homens que se encontravam em seu estado natural de corpo político, e concordando tais indivíduos em sair do seu estado libertário para se submeterem a um governo e às regras de conduta e obediência - onde serão regidos pela decisão da maioria do grupo a que estão inseridos -, assim, as novas gerações que advirem dentro do respectivo grupo irão aderir ao pacto, vindo também a se submeterem às mesmas regras; sobretudo, em razão da impossibilidade da criação de novos governos dentro de um já existente. Pois, John Locke (2011, p. 78), afirma:

Se todos os homens nasceram sob um governo, seja lá qual for, é impossível que qualquer indivíduo tenha a liberdade de unir-se a outros para dar início a outro governo, e em nenhum caso ter a capacidade de estabelecer governo legítimo.

Logo, o homem em seu estado natural, quando se une com outros homens, formando um corpo político e, por consequência, um governo, fica obstado de se desfazer do referido pacto para a criação de novos grupos dentro de um mesmo território, em razão de ter condicionada a parcela da sua liberdade individual para a submissão do pacto social, com o único objetivo, garantir a preservação da segurança coletiva e de todo o seu patrimônio.

Jean-Jacques Rousseau, reconhece que os homens nascem bons, mas se corrompem com as suas relações sociais.

Para a visão deste filósofo, a primeira sociedade é a família, uma vez que ao se unir com outro da sua espécie, passa a gerar filhos, assim, surgindo o início da vida em sociedade; já que, numa relação de dependência, os filhos passam a obedecerem aos pais, que lhe ensinam os conceitos básicos da vida e a sobreviver; após, ao adquirirem independência, passam a ser detentores de seu livre-arbítrio, podendo ou não permanecer unidos.

Nesse contexto de sociedade - a família -, extraiu-se da obra de Jean-Jacques Rousseau (2015, p. 11):

A mais antiga de todas as sociedades, e a única que é natural, é a família. Ainda assim, os filhos só permanecem ligados ao pai enquanto dele necessitam para sua manutenção. Uma vez cessada essa necessidade, o vínculo natural se dissolve. Os filhos, isentos da obediência devida ao pai, o pai isento dos cuidados devido aos filhos, retornam igualmente à independência. Se permanecem unidos não é mais naturalmente, mas voluntariamente e a própria família só se mantém por convenção.

Igualmente, quando o homem natural adquire independência - momento em que atinge certa maturidade, conseguindo se defender e se alimentar -, não se torna mais natural a manutenção junto à família; sobretudo, se isso vier a ocorrer, como analisado por Jean-Jacques Rousseau, estar-se-á submetendo a uma convenção, mediante a observância de regras de conduta e obediência para permanecer integro ao grupo familiar.

Dito isso, observa-se por essa convenção, o pai é considerado o chefe da família, comparado com um governante chefe de seu governo; e, os filhos, representariam o povo, a que obedecem às ordens emanadas de seus representantes, conforme alinhado por Jean-Jacques Rousseau (2015, p. 12):

Na família, a imagem do pai é o chefe, os filhos a imagem do povo. Toda a diferença consiste em que dentro da família o amor do pai pelos seus filhos o recompensa pelos cuidados que lhes dedica e, no Estado, o prazer de comandar substitui esse amor que o chefe não dedica ao seu povo.

Como visto, no momento em que o filho atinge a maturidade, entretanto, ficando entrelaçado ao grupo familiar, o mesmo acaba por ceder a parcela da sua liberdade para prestar obediência ao pai, diante das regras de conduta antes estabelecida.

Na visão rousseaniana, a grande diferença que vê entre o homem e o animal é que o animal é completamente determinado pela natureza e assim age, enquanto o homem é um agente livre, ou ainda nas palavras do próprio autor, “O homem nasce livre” (ROUSSEAU, 1974, p. 53).

Para Edimar Inocência Brígido (Revista Jurídica Unicritiba, 2013), traçando um comparativo entre filósofos, ressalta que na compreensão de Rousseau, para o homem alcançar sua liberdade e plenitude intelectual, deveria “redescobrir” o “estado natural”, tornando-se um novo homem, num processo de reaprender, sem a

necessidade de passagem para um estado novo. Como se, voltando ao estado natural, mas com um comportamento diferente, capaz de sustentar a convivência e a harmonia social.

E, conclui que, se para Hobbes o pacto do qual nasce a sociedade civil se apresenta como uma solução para os problemas que o anterior estado de natureza causa, dando uma profunda insegurança da vida, para Rousseau ocorre exatamente o contrário. No Contrato Social, o autor visa estabelecer os verdadeiros princípios sobre os quais se deverão fundamentar a autêntica sociedade política. Logo, para Rousseau, todo o sistema de legislação, de qualquer associação política, deve conter dois objetivos fundamentais: a liberdade e a igualdade. Uma sociedade com base nesses dois princípios sempre há de procurar o bem público.

Neste cenário, segundo Rousseau, o Estado deveria reger por uma democracia participativa, onde o ente deveria seguir os interesses de todos. Mas, no que tange aos demais direitos, para o filósofo, a propriedade não deveria existir, sendo ela a causa dos males da sociedade.

Traçando um comparativo entre esses três filósofos contratualistas, no que tange a propriedade privada, que é o ponto que nos interessa para o debate, Thomas Hobbes reconhece que o homem, quando integrou o pacto social, abdicou a sua liberdade individual e o seu patrimônio, passando ao Estado - Leviatã -, reconhecido pelo filósofo como “monstro marinho do caos primitivo”, definir os objetivos de tais bens; enquanto isso, para John Locke, o direito de propriedade é um direito inalienável, que nasce com o homem. Neste caso, cabe ao Estado a garantia de todos esses direitos (vida, liberdade e patrimônio); e, por fim, para Jean-Jacques Rousseau, a propriedade não deve existir, sendo ela a causa dos males e das desigualdades entre os homens.

Cada filósofo se atenta para uma necessidade específica do indivíduo para se constituir em sociedade e, através dela, eleger um ente que possa lhe dar segurança e garantia contra esses males.

No entanto, apenas John Locke defende o direito à propriedade privada como sendo um direito inalienável do indivíduo; enquanto Thomas Hobbes, reconhece que a propriedade passaria para o Estado, no intuito de dar um fim específico ou distribuí-la convenientemente e Jean-Jacques Rousseau, assimila que a propriedade não deve existir, pois é a causa das desigualdades dos homens.

Neste diapasão, após a Revolução Francesa, surge o filósofo Georg Wilhelm Friedrich Hegel com uma abordagem crítica à sociedade burguesa e a forma que esta caracterizou a origem ao Estado, no tocante a necessidade de defesa do patrimônio privado e a defesa individual.

Hegel, traçou uma consolidada crítica desta proteção estatal de John Locke, defendendo que apenas os povos “burgueses” (individualistas) quem gozarizam de tal benesse, gerando desigualdades econômicas e sociais.

Karl Löwith (2014, p. 261), abordando a filosofia de Hegel sob o prisma da sociedade burguesa e o Estado absoluto, enfatiza:

Como consequência disso, da reunião do Estado surge um mero contrato social, cujo fundamento segue sendo a adesão arbitrária dos indivíduos. Daí resultam consequências destrutivas para a totalidade autônoma do Estado, em si e para si racional. Por isso, a Revolução Francesa teve razão ao destruir um Estado que já não correspondia à consciência da liberdade, mas não lhe deu novas bases. Efetou uma enorme revolução, mas por causa de seu princípio defeituoso não organizou nenhuma comunidade nova. Ela confundiu o Estado com a sociedade burguesa ao colocar com sua destinação a mera proteção da propriedade privada e a segurança pessoal. Como finalidade última do Estado foi posto o interesse particular de seus membros singulares e não os interesses verdadeiramente universais do Estado. Parece então que depende do arbítrio do *bourgeois* ser membro do Estado.

Fica claro que para Hegel o individualismo dos burgueses é o grande fator para desencadear a revolução francesa e o colapso estatal, já que para os povos minoritários têm o Estado como um ente símbolo, sem intervenção, já que aquele que não detém patrimônio, não detém de intervenção.

Em dissertação descrevendo o pensamento político de Hegel, Wellington Trotta (Revista Jurídica de Sociologia e Política - Scielo, 2009), pontua:

A pretensão de Hegel funda-se na perspectiva de que o Estado consiga manter-se na sua unicidade, tanto assim que pensa a monarquia como elemento político consistente desse projeto. Hegel insiste no ponto de que a tese da separação dos poderes como se apresenta pela discussão de seus defensores, que pensam saber o que dizem pelo entusiasmo, não difere, em si, das outras representações que estabelecem no Estado uma verdadeira disputa entre os poderes, quando na verdade o que se deseja é que uma função seja exercida em plena relação de conjunto, uma com a outra, ou melhor, que todas as atividades de poder tenham como princípio o

conceito de Estado em cada momento que atue como tal. Cada função exercida deve representar a ideia de Estado e não a fração de Estado.

Como elucidado, na visão de Hegel o Estado deve manter sua unicidade, em formato de Monarquia, sendo os poderes centrados num só comando.

Wellington Trotta (Revista Jurídica de Sociologia e Política - Scielo, 2009) descreve ainda em seu trabalho, uma passagem na Filosofia de Hegel que demonstra certa apreensão no que tange a universalidade do Estado, apontando a ocorrência de contradição e, posterior, adequação do real ao racional/ideal:

As diferentes funções e actividades do Estado pertencem-lhe como momentos essenciais e são inerentes às universais e objectivas e embora se liguem, à personalidade particular como tal de um modo exterior e contingente. As funções e os poderes do Estado, não podem, pois, constituir uma propriedade privada.

Ademais, Wellington Trotta complementa que a contradição realizada consiste no fato de que, mesmo não constituindo uma propriedade privada, o Estado e suas respectivas funções são tratados por Hegel como se assim o fossem, isso na medida em que destaca um sujeito específico, uma personalidade individual como representação da soberania estatal. E para tal autor, Hegel delega ao monarca a representação da unidade do povo alemão, a condição de chefe eleito para fins de natureza orgânico-social.

Logo, para HEGEL (1990, p. 272), há uma observância para os fins da coletividade, sem almejar, tão somente, a interioridade dos fins particulares:

Na decisão pode distinguir-se: a decisão, o cumprimento e a aplicação das decisões do príncipe e, de um modo geral, a aplicação e conservação do que já foi decidido, das leis existentes, das administrações e institutos que têm em vista fins coletivos. Esta função de absorção no geral é o domínio do governo e nele se compreendem também os poderes jurídicos e administrativos que imediatamente se referem ao elemento particular da sociedade civil e afirmam o interesse geral na própria interioridade dos fins particulares.

Destarte, realizada essa reflexão sobre os autores contratualistas, a posição que nos interessa para a discussão é o contrato social de John Locke, onde defende os direitos inalienáveis dos indivíduos, dentro de uma democracia representativa,

passando a analisar o formato de Estado no Brasil até a criação do Estado Democrático de Direito (Constituição Federal de 1988).

### 2.3 O CORONELISMO NO BRASIL

O coronelismo surgiu no início da República Brasileira - denominada de República Velha (1889 a 1930) -, se caracterizando por um poder privado em compromisso com o poder público - institucionalizado em pequenas localidades, como um poder municipal -, eivado pela superposição dos proprietários de terra, a uma estrutura social inadequada. Assim, frisa-se por um poder público fortalecido e um poder privado meramente decadente.

Leal (2012, p. 231) conceitua o tema:

Não se pode, pois, reduzir o “coronelismo” a simples afirmação anormal do poder privado. É também isso, mas não é somente isso. Nem corresponde ele à fase áurea do privatismo: o sistema peculiar a esse estágio, já superado no Brasil, é o patriarcalismo, com a concentração do poder econômico, social e político no grupo parental. O “coronelismo pressupõe, ao contrário, a decadência do poder privado e funciona como processo de conservação do seu conteúdo residual.

O autor ainda revela que neste sistema, haveria uma relação de compromissos entre o ente público e o ente privado decadente, considerando uma fraqueza de ambos os lados, pois o ente Estatal se debilitou ao permitir tal compromisso coronelista.

Essa experiência vinculada às bases de produção agrícola - desde a era colônia -, foi responsável pelo aparecimento do “coronelismo”, envolvendo aspectos culturais, econômicos, políticos e sociais no Brasil.

Assim, podemos frisar que tal ocasião de poder público em mãos privadas se deu em virtude das ocorrências de revoltas populares contra a nova ordem política instituída. E a fragilidade do poder público, até a ausência de forças para lutar, se fez necessário instituir um poder privado em pequenas localidades.

E essa população se prendia às autoridades locais - os coronéis -, personagens concretos e visíveis que frequentemente protegiam os amigos, seus dependentes, aliados, através de atos reais, subsidiado por troca de favores e da proteção, pois os eleitores davam os seus votos, favorecendo os candidatos indicados por esses



coronéis, originando o nascimento dos poderes pelas oligarquias (governo de poucos).

Destacamos, ademais, que essa relação de dependência entre os mais pobres e fracos e os mais ricos e fortes, existiram no Brasil desde o período colonial. O isolamento, a falta de recursos e a ausência de administração organizada, fez com que se estabelecessem laços de cooperação e solidariedade entre os senhores das terras, seus homens, seus parentes e seus agregados. Esse tipo de organização passou a desempenhar um papel político na política velha, denominado coronelismo.

E o título de coronel foi a mais alta patente da antiga Guarda Nacional, criada durante a regência. Visto que o posto era reservado aos mais destacados cidadãos, ou seja, aqueles de mais posses e influência; já que, visando eliminar os soldados que não fossem fiéis, passou-se a nomear os grandes produtores à patente de coronel, objetivando recrutar pessoas alinhadas ao interesse do governo e elites. E em razão de ocorrer nas áreas rurais os grandes palcos da desordem, passaram os coronéis a utilizar as forças policiais para a manutenção da ordem local.

No que se referem às eleições, podemos destacar um marco representativo histórico, pelos denominados: curral eleitoral, o voto de cabresto, o clientelismo e as eleições fraudulentas.

Nesse sentido, dispõe Leal (2012, p. 45-46):

Qualquer que seja, entretanto, o chefe municipal, o elemento primário desse tipo de liderança é o “coronel”, que comanda discricionariamente um lote de *votos de cabresto*. A força eleitoral empresta-lhe prestígio político, natural coroamento de sua privilegiada situação econômica e social de dono de terras. Dentro da esfera própria de influência, o “coronel” como que resume em sua pessoa, sem substituí-las, importantes instituições sociais. Exerce, por exemplo, uma ampla jurisdição sobre seus dependentes, compondo rixas e desavenças e proferindo, às vezes, verdadeiros arbitramentos, que os interessados respeitam. Também se enfeixam em suas mãos, com ou sem caráter oficial, extensas funções policiais, de que frequentemente se desincumbe com a sua pura ascendência social, mas que eventualmente pode tornar efetivas com o auxílio de empregados, agregados ou capangas.

No que tange ao curral eleitoral, a Constituição de 1891 consolidou o sufrágio universal, concentrado em determinadas pessoas o poder ao voto – aquelas que se

consideravam alfabetizada naquela época. E neste contexto, o voto era aberto, onde determinado cidadão o realizava a uma espécie de “juiz eleitoral”.

E em razão de ser de fácil controle o voto, os coronéis passavam a utilizar de mecanismos da força ou de dinheiro, para obrigar os cidadãos a votarem em determinadas pessoas – sob pena de ameaças físicas e perseguições. E, com isso, surge o “voto de cabresto”, na ocasião em que os cidadãos eram obrigados a direcionar o voto em pessoas indicadas, em razão da coação.

Não raras vezes, os coronéis utilizavam do clientelismo como forma de corromper a votação, eis que, prestavam determinados serviços à população, quando o Estado deveria prestá-lo, como o auxílio refeição – mediante a entrega de cestas básicas -, segurança, patrocínio de festas, dentre outros.

Esta historicidade foi também marcada pelas eleições fraudulentas em razão da compra de votos (dinheiro, coação física, perseguição) ou, ainda, por ocorrer em determinadas apurações de voto, a existência de mais votos do que eleitores presentes, além das pessoas realizarem o exercício do voto em nome de outras. Com isso, os processos eleitorais no início da era republicana eram sinônimos de corrupção e conflito.

Portanto, assim funcionava o coronelismo, obediência e fidelidade total entre os membros do grupo e ódio e contendas violentas entre os grupos rivais, que veio a perder espaço a partir de 1930 com a modernização dos espaços urbanos e a ascensão de novos grupos sociais.

No entanto, até os dias atuais, não se pode dizer que houve a extinção do coronelismo no estado Brasileiro, em virtude de que em muitas regiões do país, de norte ao sul, ainda convivemos com referidos reflexos, em virtude de grandes empresários e proprietários de terra, ainda controlarem ou imporem suas opiniões sobre decisões importantes do país.

Rainer Gonçalves Sousa (Brasil Escola, 2018), esclarece que apesar do desaparecimento dos coronéis, constata-se que algumas de suas práticas se fazem presentes na cultura política do país. A troca de favores entre chefes de partido e a compra de votos são dois claros exemplos de como o poder econômico e político ainda impedem a consolidação de princípios morais definidos nos processos eleitorais e na ação dos representantes políticos.

De tal modo, a análise de tal período é importante para a compreensão dos aspectos de Estado vivenciado, os reflexos que se encontram na sociedade e a sua modificação gradual ao longo do tempo.

## 2.4 O PERÍODO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO

Ao passo de se ter realizado um breve esboço acerca do nascimento do pacto social, na sequência, tendo-se analisado o período do coronelismo - quando do nascimento da República Velha no Brasil, insta-nos traçar um comparativo com o modelo democrático brasileiro.

Comparando os ideais do pacto social de John Locke, com os traços de estado liberal, sobreponemos que naquela ocasião a necessidade do indivíduo se cingia apenas na garantia da defesa de seus direitos inalienáveis (vida, liberdade e patrimônio). Naquela ocasião, surgiu-se então a necessidade de constituir um ente político - o Estado -, para garantir o direito do indivíduo face às constantes invasões que colocavam em xeque o seu patrimônio, constituído do trinômio.

Assim, constituindo o pacto social inaugural um típico estado liberal, possuía o ente político um papel mínimo na sociedade, que se resumia na garantir da liberdade individual dos cidadãos, mediante a subtração de parcela ínfima da liberdade individual (respeito aos direitos e obrigações oriundos das leis). Neste viés, ficava a encargo do referido ente às funções clássicas de garantia da ordem social, defesa externa e administração da justiça, deixando à livre organização da sociedade e do mercado a regulação e a ordenação de todos os demais campos.

Importante destacar que para Montesquieu (2002, p. 22-23), as leis devem ser adequadas ao povo para qual foram feitas. Neste caso, devendo observar os critérios de cada país, tais como: clima, território, comércio e costume.

O autor afirma que nenhuma forma de governo pode ser alterada de forma abrupta, em razão de que eventual modificação deve ser realizada, paulatinamente, em razão dos critérios de cada país e da sua sociedade.

Montesquieu ainda afirma que a única forma de se combater o poder é através do poder. Neste pensamento, apesar de não haver uma forma ideal de governo, no estado liberal, o importante é separar o poder de forma harmônica e equivalente, onde um domínio reflita sobre o outro, fazendo a distinção entre o poder executivo, legislativo e judiciário.

Para isso, busca-se uma digressão desde os idos quando o Brasil deixou de ser colônia de Portugal e passou a ser uma democracia, analisando os direitos conferidos aos cidadãos modificados ao longo do tempo.

Segundo Paulo Bonavides (2004, p. 39), após o sentimento absolutista e anti-absolutista que nos inspirou desde a Inconfidência Mineira até a Revolução Pernambucana de 1817, passando pelo advento da Corte Portuguesa, com a abertura dos portos e a elevação do Brasil à categoria de Reino Unido a Portugal e Algarve, houve o acontecimento da década de vinte, com a resultante do rompimento formal dos laços coloniais de sujeição a Portugal.

Diante de tais acontecimentos, em 1823, nasceu a primeira constituinte brasileira, representando um verdadeiro processo de independência do país, com a aprovação em 1824 da Constituição do Império, sendo instituído o Poder Monárquico, com quatro poderes: Legislativo, Executivo, Judiciário e Moderador (poder absoluto atribuído ao Imperador).

E esse processo de independência, conforme descrito por Paulo Bonavides (2004, p. 103), desde então, despertou na população um sentimento de inspiração para lutar pelos seus verdadeiros anseios e na participação representativa:

A Revolução do Primeiro Reinado, se assim pudermos compendiar toda a série de acontecimentos e episódios desenrolados na primeira década da independência, teve alcance muito mais profundo do que pode parecer à primeira vista: preparou a consciência da sociedade para aceitar, defender e aplaudir o verdadeiro pressuposto da unidade nacional, ou seja, o pacto de consenso que criou o Estado, a Nação e o povo.

Contudo, foi com o poder Moderador (constitucionalização do absolutismo), nas palavras de Bonavides, fez com que a população passasse a temer e desconfiar desta inovação, cujos demais países, até então, desconheciam de tal poder.

Nesse sentido, comenta Paulo Bonavides (2004, p. 106):

Atribuições de importância tão fundamental para o direito e a liberdade, para a vida e o funcionamento das instituições eram conferidas a um Imperador cuja pessoa a Constituição fazia inviolável e sagrada declarando ao mesmo tempo que não estava ele sujeito à responsabilidade alguma (artigo 99).

Mas, diante do inconformismo da população com o regime monárquico, modalidade unitária de estado, o Senado vitalício, o Conselho de Estado e o referido poder moderador do Imperador, fomentou a crise institucional do 07 de abril de 1831, cujo ato quase se transformou de revolução em um golpe de estado.

Já com a crise constituinte do Segundo Reinado, salienta Paulo Bonavides (2004, p. 213), que se tratava de novas reivindicações com a idade de várias décadas:

o princípio federativo da descentralização, a supressão ou reorganização do Conselho de Estado, a queda da vitaliciedade do Senado, onde os mandatos seriam eletivos e de exercício temporário, o ensino livre, a abolição da Guarda Nacional, a eleição dos Presidentes das Províncias e a mais importante de todas para estabelecer a normalidade e democratização das funções representativas de governo: a extinção do Poder Moderador.

E em razão desta crise, desencadeou a criação de um Governo Provisório, para a elaboração de uma nova Constituinte, sendo que em 1891, surgiu a Primeira República no Brasil, com o nascimento do liberalismo.

De acordo com Paulo Bonavides (2004, p. 257), a distribuição de competência aos poderes políticos, tinha como finalidade neutralizar teoricamente o poder pessoal dos governantes e distanciar, tanto quanto possível, o Estado da Sociedade, como era axioma do liberalismo. E a separação de poderes, seguia a proposta de Montesquieu.

Cabe ressaltar, que nesta Constituição, se encontram traços do contrato social de John Locke, quando denotamos a declaração dos direitos à liberdade, à segurança individual e à propriedade.

Sobretudo, a revolução da década 30, marcou o fim da primeira Constituição republicana. Neste caso, aponta Paulo Bonavides (2004, p. 268):

Os oradores da Aliança Liberal, programando e sistematizando a crítica aos governantes ou fazendo a revolução dos palanques, suscitavam em todas as tribunas esperanças e promessas de purificar o sistema representativo. Queriam resgatar a dívida republicana de torar o País de instituições limpas: a dívida contraída quando se assinou o Decreto n. 1 do Governo Provisório, que formalizou a derrubada da Monarquia.

Em seguida, Paulo Bonavides (2004, p. 269) afirma que instituído um Governo Provisório e removida a velha oligarquia situacionista, instala-se uma ditadura no território nacional. E o que visa são resultados de esperanças e promessas para o fim da perversão representativa de que o País era vítima, destaca:

Quem examinar discursos, manifestos e entrevistas dos anos de 29 e 30 percebe que o País entrara numa fase de ebulição política, prenúncio dos acontecimentos que, à primeira vista, só tinham que ver com o descontentamento dos governados em relação aos governantes. A maneira como se governavam a desconfiança sobre a conduta administrativa, a corrupção eleitoral, o clientelismo oligárquico, faziam descer a segundo plano a preocupação social, que raros observadores constatavam como um dado importante no desenvolvimento dos sucessos.

Paulo Bonavides (2004, p. 270) ressalva ainda as conquistas da deposição do governo anterior:

Não padece dúvida que um dos frutos políticos do movimento veio a ser o Código Eleitoral, seguido da instituição da Justiça Eleitoral; dois passos significativos para normalizar a presença participativa do cidadão, que caíra a níveis tão baixos durante a República deposta.

Após, com os liberais de 30, houve a abertura do caminho para o constitucionalismo do Estado social. E, para Paulo Bonavides (2004, p. 272), essa revolução colheu o significado mais profundo na medida em que se percebeu quanto ela contribuiu para transformar o diálogo liberal num diálogo social. Concluindo que Getúlio Vargas, com a instituição de novos valores subestimados pelos correntes liberais, inaugurou a era social.

Logo, afirma Paulo Bonavides (2004, p. 273), que a década de 30 pertenceu, por inteiro, à polêmica do capital com o trabalho. Refletia não só a crise do capitalismo, senão também a poderosa associação das forças trabalhistas com seu decisionismo histórico de ascender ao poder.

Ao curso das mudanças, surge a Constituição de 1934, trazendo o advento do Estado social brasileiro e, consoante Paulo Bonavides (2004, p. 325):

Pela primeira vez na história constitucional brasileira, considerações sobre a ordem econômica e social estiveram presentes. Uma

legislação trabalhista garantia a autonomia sindical, a jornada de oito horas, a previdência social e os dissídios coletivos. A família merecia proteção especial, particularmente aquela de prole numerosa.

A nova ordem Constitucional, nas palavras de Paulo Bonavides (2004, p. 332), apesar de manter os direitos e garantias individuais, declarou a inviolabilidade do direito à subsistência, afastando o direito pleno da propriedade privada, pois, tal direito não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo, ressaltando o caso da desapropriação, sem revelar que a indenização se fazia em dinheiro.

Percebe-se então que a propriedade privada, a partir de então, passou a receber proteção diferenciada ao contrário da previsão do contrato social de John Locke, que se tratava de direito inalienável do cidadão, como se depreende do texto de Paulo Bonavides (2004, p. 329):

A seguir, nos artigos 116 e 117, o idealismo nacionalista da Constituição de 1934 se projeta em disposições que refletem por igual o teor intervencionista do Estado na mesma ordem econômica, ao asseverar que “a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica” ou que “a lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito”.

Todavia, tais direitos não perduraram por muito tempo, até que em 10 de novembro de 1937, houve um novo golpe que encerrou a vigência da Constituição de 1937, oriunda da Assembleia Nacional Constituinte.

O golpe foi promovido por Getúlio Vargas, que implantou a ditadura do Novo Estado, inspirada no modelo polonês, por isso, conhecida como “Constituição polaca”, extremamente autoritária com a concentração de poderes ao chefe do poder executivo.

Paulo Bonavides (2004, p. 350) contribui:

O texto de 1937 e sua legislação complementar ou consequente, colidiu com os princípios montesquianos da distribuição dos poderes e enfraqueceu-se pela ausência de plebiscito que a deveria levar ao julgamento da Nação e pela falta de controle jurisdicional pela marginalização do Poder Judiciário.

(...)

Sem esse fato de perenidade, a legislação dela consequente se torna tão inoperante quanto ela, até que a convulsão social ou as pressões externas, como ocorreu com a vitória aliada na segunda guerra,

obriguem o ajuste dos textos aos compromissos novos da Nação e da humanidade.

Em outubro de 1945 houve a queda de Getúlio Vargas do poder, sendo realizadas eleições para a composição da Assembleia Nacional Constituinte. Assim, surgindo a Constituição de 1946, conforme a ênfase do Paulo Bonavides (2004, 415):

A Carta de 46 recuperou com decisão o princípio federativo, estabelecendo uma valiosa autonomia para os Estados e Municípios. Além da liberdade de culto, estabeleceu-se a total liberdade de pensamento, limitada apenas no que dizia respeito aos espetáculos e diversões públicas. As liberdades e garantias individuais não podiam ser cerceadas por qualquer expediente autoritário, estando a aprovação do estado de sítio reservada unicamente ao Congresso Nacional, novamente composto pela Câmara e pelo Senado Federal, tendo os membros da primeira o mandado de 4 anos, e os senadores 8 anos.

Paulo Bonavides (2004, p. 417/418), explica que nasceu uma ordem constitucional mais conservadora em alguns aspectos, mas em nada comprometendo a estrutura implantada do Estado social brasileiro. Neste aspecto, sobre o patrimônio privado, o texto constitucional ganhou um reforço ao concretizar que a desapropriação se faria mediante a indenização em dinheiro. E ainda ressalta que o melhor aperfeiçoamento trazido pela nova Constituição se repostava ao Estado de direito quando declarou no Capítulo dos Direitos e das Garantias Individuais que a lei não poderia excluir da apreciação do Poder Judiciário, qualquer lesão de direito individual.

Em 1967, põe-se fim à Constituição de 1946, nascendo uma nova ordem Constitucional, que impôs a suspensão das garantias constitucionais e legais.

Nas palavras de Paulo Bonavides (2004, p. 433), nada poderia definir melhor a “intervenção cirúrgica” realizada naquele governo:

“Queremos devolver o Brasil à democracia, diziam os militares, mas antes vamos aproveitar o momento para introduzir algumas reformas e mudanças que possam garantir a longevidade da nossa “democracia” e a articulação do Brasil com a economia mundial. E, como todos sabemos, não havia prazo para o término da intervenção. Como argumentavam os militares, há sempre o perigo de retrocesso presente em todo processo revolucionário, sendo preciso tempo para que a revolução se consolidasse e apresentasse resultados (uma ideia que Francisco Campos introduziu na Carta de 37 e que, como co-autor do AI-1, manteve no movimento militar).



Na história do Brasil, o período de transição da ditadura militar para a democracia, foi sem sombra de dúvidas o período mais dolorido para a sociedade.

Esclarece Paulo Bonavides (2004, p. 449), que em 17 de abril de 1984, iniciou grande campanha popular de rua, com mais de um milhão de pessoas no Vale do Anhangabaú, em São Paulo, exigindo eleições diretas em todos os níveis. E, conforme o autor:

O Presidente General João Figueiredo, pressionado pelo movimento popular e, por certo, também influenciado pelo grande número de artigos e reportagens que lembravam seu pai, o também General Euclides Figueiredo, que foi deputado federal pela União Democrática Nacional (UDN) e que curtira um longo exílio no exterior por ter combatido a ditadura de Vargas, anunciou pela televisão uma emenda constitucional propondo as eleições para 1988.

Deste modo o Estado democrático é concebido para afastar as relações de igualdade formal, ante as necessidades e condições materiais da vida do indivíduo; de outro, passou o Estado a extrair a capacidade autônoma dos seus indivíduos, passando a prestar alguns serviços, dentre eles, a saúde, educação, segurança, entre inúmeros outros.

E como ferramenta democrática primordial, autoriza que seus indivíduos passem a se habilitar para participar ativamente na sociedade, no processo de produção de leis.

Na história do Brasil, Paulo Bonavides (2004, p. 455) comenta as mudanças constitucionais que ocorreram ao longo dos anos, até se chegar na Constituição de 1988, onde houveram mudanças significativas no sistema de governo e direitos da sociedade:

(...) com a Carta Política do Império, de 1824, ou da queda de um império, como a de 1891, ou do fim de uma república oligárquica - a chamada Pátria Velha carromida, posta abaixo pelas armas liberais da Revolução de 1930 - como a Constituição de 1934, ou da ruína de uma ditadura e dissolução do Estado Novo, como a de 1946, ou até mesmo de um golpe de Estado que aniquilou com um violento ato institucional uma república legítima, qual o fez a de 1967, nem por isso a ruptura deixa de ser a nota precedente do quadro constituinte instalado em 1987, visto que ela se operou na alma da Nação,

profundamente rebelada contra o mais longo eclipse das liberdades públicas (...).

Paulo Bonavides (2009, p. 139), ainda sustenta que a sobrevivência da democracia, liga-se ao êxito que eventualmente possa alcançar uma teoria política que afirme e reconcilie a ideias dos direitos sociais, que faz lícita uma maior intervenção do poder estatal na esfera econômica e cultural, com a ideia não menos justa do individualismo, que pede a segurança e o reconhecimento de certos direitos fundamentais da personalidade, sem os quais esta se deformaria e definharia.

A Constituição de 1988, que institui o Estado Democrático de Direito, consagrou em seu texto, como cláusula pétrea, o direito à propriedade privada, atendendo a sua função social.

Nesse sentido, o modelo democrático é um Direito constitucional, abstraído de um sistema e notório por princípios e regras que constituem normativos.

Além do mais, sob o eixo da Constituição de 1988, trata-se de um ente político, cujo poder emana do povo; entretanto, o exerce através de representantes do povo, escolhidos em eleições livres e periódicas, por sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos regular. Já no trato com os seus indivíduos, pretende-se que os mesmos participem além no exercício do direito civil, político, econômico, social e cultural.

Ainda assim, compreende-se que o Estado Democrático urge pela participação da sociedade na tomada de decisões, seja através de audiências públicas, plebiscito, referendo, clamor das ruas, dentre outras hipóteses. Porquanto, o cidadão ilustra a sua participação nos processos decisórios do estado, possuindo, destarte, uma veemente participação e contribuição.

Para Elisaide Trevisam (Revista Jurídica Unicuritiba, 2018), com fundamento na dignidade humana de toda a civilização, almeja-se uma sociedade que, juntamente ao Estado, seja capaz de conviver eticamente dentro de um projeto plural.

E tais direitos, caracterizados por direitos fundamentais de terceira geração, se assinalam pela titularidade difusa ou coletiva, pois, preparado para do bem comum e não do cidadão individualmente, como por exemplo, o direito ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural, dentre outros.

Vejamos o que salienta MENDES, COELHO e BRANCO (2008, p. 234):

Essa distinção entre gerações dos direitos fundamentais é estabelecida apenas com o propósito de situar os diferentes momentos em que esses grupos de direitos surgem como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica. Deve-se ter presente, entretanto, que falar em sucessão de gerações não significa dizer que os direitos previstos num momento tenham sido suplantados por aqueles surgidos em instantes seguintes. Os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da nova geração, ainda que o significado de cada um sofra o influxo das concepções jurídicas e sociais prevalentes nos novos momentos. Assim, um antigo direito pode ter o seu sentido adaptado às novidades constitucionais. Entende-se, pois, que tantos direitos a liberdade não guardam, hoje, o mesmo conteúdo que apresentavam antes de surgirem os direitos de segunda geração, com as suas reivindicações de justiça social, e antes que fossem acolhidos os direitos de terceira geração, como o da proteção ao meio ambiente. Basta que se pense em como evoluiu a compreensão do direito à propriedade, desde a Revolução Francesa até a incorporação às preocupações constitucionais de temas sociais e de proteção do meio ambiente. Os novos direitos não podem ser desprezados quando se trata de definir aqueles direitos tradicionais.

Neste compasso, a democracia se revela como uma extensão de direitos aos seus indivíduos, pois que, na medida em que novos direitos são implementados, apenas vêm aderir aos já existentes, em razão de jamais sê-los suprimidos, visando coibir retrocessos.

Como se destaca da trajetória constitucional, não existe um modelo eficiente de governo, caso contrário, não haveriam tantas lutas, injustiças, abusos, corrupção e desigualdades. Porém, vive-se lutando por um modelo ideal de governança, no intuito de que os princípios se estabeleçam e os seus governantes continuem sendo, lembrando que, do povo vieram para assumir a representação política e do governo, voltará para o povo.

Paulo Bonavides (2004, p. 487), fazendo então uma reflexão preliminar sobre a Lei Básica (Constituição de 1988) e o controle do poder pelo poder, esclarece que a ideia de Constituição é solidária historicamente à de Nação e à aparição do liberalismo econômico. Pois afirma que só quando surgiu e se consolidou a crença de que todos os homens nascem iguais e que não há predeterminação da posição social e política que devem ocupar até a morte, salientando que o princípio legal ganhou força e a legitimidade o qual desfruta até hoje, destacando:

Essa importante revolução no pensamento da humanidade indica que a organização dos indivíduos como Nação e sua *constituição* como Estado mudaram a relação dos homens com suas próprias vidas: eles

se tornaram *cidadãos*, vale dizer, tomaram a História em suas próprias mãos. Esse é o significado maior de toda Constituição. Não podemos nunca nos esquecer disso: o *esquecimento é o adubo da tirania*.

É salutar ao passo que a sociedade vai evoluindo, as Constituições e suas leis fazem parte das suas lutas e histórias, devendo permanecer hígida na memória para que seus direitos sejam sempre contemplados em novos ordenamentos jurídicos.

Deste modo, ficou demonstrado que a Constituição de 1988 estabeleceu uma nova ordem democrática, garantindo o livre exercício do direito e garantias individuais, dentre eles, o direito de propriedade, visando a manutenção e o resguardo das relações entre os governados e governantes, bem como nas relações entre os particulares.

#### 2.4.1 A formação do vínculo contratual nas relações entre os governados

Como antes analisado, segue-se o pensamento filosófico de Estado de John Locke, onde o direito de propriedade é assegurado, como um direito inalienável, consoante resta consignada tal inspiração na Constituição Federal de 1988.

E neste plano de direito, as relações patrimoniais existentes entre os seus governantes, devem-se reger por normas de conduta, com o fim específico de permitir a convivência em harmonia e a manutenção da posição de igualdade no momento do seu relacionamento, pessoal e negocial.

Dentre esses direitos, se destaca a relação entre os próprios cidadãos - particulares -, que passa a ser norteado por regramentos próprios e aprimorados, para diminuir a resolução de conflitos na realização dos negócios, dentre eles, a aplicação dos princípios gerais do direito e o Código Civil.

##### 2.4.1.1 As condições para a validade dos contratos

Para uma melhor compreensão da abordagem, importante fazer um breve esboço acerca das condições para a validade dos negócios jurídicos, pois, consoante se infere através do artigo 104, incisos I, II e III, do Código Civil, os negócios devem obedecer aos requisitos subjetivos, objetivos e formais para a sua formação, que dão condição para a produção de efeitos do negócio jurídico (aquisição, modificação ou

extinção de direitos), os quais serão visualizados individualmente, consoante se destaca do referido texto da lei (BRASIL, 2002):

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:  
I - agente capaz;  
II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;  
III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Nesse sentido, Maria Helena Diniz (2015, p. 32) conceitua o contrato como sendo o liame obrigacional entre as partes.

Como se infere, na relação entre particulares, as partes devem ser capazes, ou seja, entendedoras da situação exposta; o objeto tem que ser lícito e determinado; e, a forma ajustada tem que estar revestida em lei.

#### 2.4.1.2 Requisitos subjetivos

Os requisitos subjetivos compreendem pela capacidade genérica das partes - que é a capacidade civil para a prática do ato civil, a qual deve estar plenamente reconhecida na bilateralidade ou pluralidade das partes envolvidas na negociação; a aptidão específica para contratar - que se refere àquela aptidão especial para celebrar um negócio jurídico, quanto à disposição da coisa ou direitos, por exemplo, a necessária outorga uxória do cônjuge em determinados atos ou o consentimento dos descendentes para a celebração de venda de patrimônio a outro descendente; e, por fim, o consentimento, requisito especial e obrigatório dos contratos.

Sobre o consentimento, o autor Carlos Roberto Gonçalves (2016, p. 35), abrange três aspectos: (i) acordo sobre a existência e natureza do contrato (se um dos contratantes quer aceitar uma doação e o outro quer vender, contrato não há); (ii) acordo sobre o objeto do contrato; e, (iii) acordo sobre as cláusulas que compõem a estrutura do contrato.

Ademais, Maria Helena Diniz (2015, p. 35), explica que os requisitos subjetivos estão intimamente ligados à pessoa: a) a existência de duas ou mais pessoas, já que o contrato é um negócio jurídico bilateral ou plurilateral; b) capacidade genérica das partes contratantes para praticar os atos da vida civil, as quais não devem enquadrar-se nos arts. 3º e 4º do Código Civil, sob pena de o contrato ser nulo ou anulável; c) aptidão específica para contratar; d) consentimento das partes contratantes.

Cabe ainda destacar, que o Código Civil, em seu artigo 117, dispõe sobre a possibilidade da ocorrência da anulabilidade do negócio jurídico, quando o representante realizar determinado negócio consigo mesmo, exceto, quando a lei o autorizar (BRASIL, 2002):

Art. 117. Salvo se o permitir a lei ou o representado, é anulável o negócio jurídico que o representante, no seu interesse ou por conta de outrem, celebrar consigo mesmo.

Destarte, fica nítido que para que a relação entre particulares - negócio jurídico - seja válido, ele deve estar de acordo com os regramentos de conduta pré-determinados pelo Estado, notadamente, quanto ao requisito subjetivo, com relação à capacidade da pessoa.

#### 2.4.1.3 Requisitos objetivos

Os requisitos objetivos estão ligados ao objeto do negócio jurídico, sendo eles caracterizados pelo objeto lícito, possível, determinado ou determinável.

Quanto ao objeto, as partes devem conhecê-lo sobre a sua licitude, em razão de que nenhuma das partes pode alegar a sua própria torpeza (artigo 150, do Código Civil), para fins de pleitear pagamento indevido (artigo 883, do Código Civil), conforme a transcrição do texto da lei (BRASIL, 2002):

Art. 150. Se ambas as partes procederem com dolo, nenhuma pode alegá-lo para anular o negócio, ou reclamar indenização.

(...)

Art. 883. Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei.

Nesta seara, registra Nestor Duarte (2014, p. 101), comentando o artigo 150, do Código Civil, que a lei não ampara nenhuma das partes se a torpeza for bilateral e, nesse caso, não importa se de uma das partes o dolo se configurou por ação e o da outra por omissão nem se se trata de dolo principal a conta de uma e acidental a conta de outra.

E em face ao artigo 883, do mesmo diploma, o autor assevera Nestor Duarte (2014, p. 846):

Caso o objeto da prestação não cumprida seja ilícito, imoral ou proibido por lei, a repetição é indevida, pois não se pode prestigiar a obrigação nula (art. 166), indesejada pelo legislador. Contudo, não será adequado que aquele que recebeu algo para realizar uma dessas prestações fique com o bem, de modo que o legislador inovou ao determinar que o bem reverta em proveito do estabelecimento de beneficência.

Já quanto à possibilidade do objeto, deve ela ser física ou jurídica, sob pena de caracterizar a nulidade da avença. Pois, em razão da possibilidade física, deve ser possível vencer o obstáculo à sua realização e quanto à jurídica, deve estar previsto no ordenamento jurídico – por exemplo, a impossibilidade jurídica quanto ao objeto de herança de pessoa viva.

Porquanto, com relação ao requisito objetivo da avença, o mesmo tem relação íntima ao seu objeto, conteúdo do contrato, devendo resguardar a sua licitude e a sua possibilidade.

#### 2.4.2 Requisitos formais

O último requisito de validade dos negócios jurídicos se refere à forma de celebração do negócio.

Para Maria Helena Diniz (2015, p. 38), a regra é a liberdade de forma, celebrando o contrato pelo livre consentimento das partes contratantes, pois apenas excepcionalmente a lei requer obediência aos requisitos de forma, e contextualiza:

Não há rigorismo de forma, pois a simples declaração volitiva tem o condão de estabelecer o liame obrigacional entre os contraentes, gerando efeitos jurídicos independentemente da forma de que se revista, seja ela oral ou escrita (por meio de instrumento particular ou público), de tal sorte que o elemento formal, na seara contratual, constitui uma exceção nos casos em que a lei exige, para a validade do negócio, a observância de certa forma.

Já Carlos Roberto Gonçalves (2016, p. 35), divide tal requisito em três espécies: (i) forma livre; (ii) forma especial ou solene; e, (iii) contratual:

(i) *Forma livre* – É a predominantemente do direito brasileiro (CC, art. 107). É qualquer meio de manifestação de vontade, não impondo obrigatoriamente pela lei (palavra escrita ou falada, escrito público ou particular, gestos, mímicas etc.).

(ii) *Forma especial ou solene* – É a exigida pela lei, como requisito de validade de determinados negócios jurídicos. Em regra, a exigência de que o ato seja praticado com observância de determinada solenidade tem por finalidade assegurar a autenticidade dos negócios, garantir a livre manifestação da vontade, demonstrar a seriedade do ato e facilitar a sua prova.

(iii) *Forma contratual* – É a convencionada pelas partes. O art. 109 do Código Civil dispõe que, “*no negócio jurídico celebrado com a cláusula de não valer sem instrumento público, este é da substância do ato. Os Contratantes podem, portanto, mediante convenção, determinar que o instrumento público torne-se necessário para a validade do negócio.*”

Nesse sentido, note-se que, a princípio, a forma de se contratar é livre, exceto quando a lei prescreve, obrigatoriamente, para tais casos específicos, que determinados casos deve observar certos requisitos mínimos, tais como, contrato por escrito, escritura pública ou, ainda, outra forma solene para determinados tipos de negócios jurídicos específicos.

#### 2.4.3 Os princípios do direito contratual

O direito contratual rege por inúmeros princípios, alguns clássicos e outros de natureza moderna.

Nelson Rosenvald (2014, p. 429), destaca a teoria contratual, vigente nos moldes do CC/2002, não mais está pautada no paradigma clássico, no qual predominava a autonomia da vontade e os subprincípios da liberdade contratual, da intangibilidade do pactuado e da relatividade dos contratos. Saliencia que em consonância com o direito civil constitucional, a matéria baseia-se em um novo paradigma que atende perfeitamente às novas diretrizes da eticidade, da operabilidade e da socialidade elencadas. Assim, diante desse paradigma contemporâneo, a teoria contratual contempla outros quatro grandes princípios: a autonomia privada, a boa-fé objetiva, a justiça contratual e a função social do contrato

Nesse sentido, destacaremos os princípios mais importantes da sistemática contratual.

##### 2.4.3.1 Princípio da autonomia da vontade



Esse princípio se assenta na liberdade contratual das partes para discutirem livremente o conteúdo de suas avenças - acordo de vontade -, dentro dos requisitos de validade do negócio jurídico, antes analisado. Assim, servindo tal princípio de fundamento para a realização de contratos atípicos.

Os artigos 421 e 425, ambos, do Código Civil, prescrevem (BRASIL,2002):

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

(...)

Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

Sobre os contratos atípicos, Carlos Roberto Gonçalves (2016, p.42 salienta que é o que resulta de um acordo de vontades não regulado no ordenamento jurídico, mas gerado pelas necessidades e interesses das partes. É válido, desde que estas sejam capazes e o objeto lícito, possível, determinado ou determinável e suscetível de apreciação econômica. Ao contrário do contrato típico, cujas características e requisitos são definidos na lei, que passam a integrá-lo, o atípico requer muitas cláusulas minudenciando todos os direitos e obrigações que o compõem. Essas noções, aceitas na doutrina, foram convertidas em preceito legal, no atual diploma civil.

Importante ainda destacar, que o artigo 421, do Código Civil, é um princípio geral do direito, trazendo a expressão “função social”, não definido pela lei. Assim, sobre essa expressão, dispõe Maria Helena Diniz (2015, p. 42-43), como a lei não define a locução “função social do contrato”, poderá ela ser interpretada de formas diversas, conduzindo à declaração de nulidade de cláusulas ou até mesmo de toda a avença. Por isso, procuramos delinear alguns parâmetros a serem seguidos, pois com essa função social do contrato teremos o justo processo legal substantivo. O contrato deve ter alguma utilidade social, de modo que os interesses dos contratantes venham a amoldar-se ao interesse da coletividade.

Sublinha que o princípio da autonomia da vontade encontra limite às normas de ordem pública, em razão de que o interesse de contratar nunca pode ser contrário ao princípio da solidariedade, da dignidade da pessoa humana e da justiça social.

Outro fator que impõe a liberdade de contratar, lastreada na autonomia da vontade, é, pois, quando estiverem envolvidos interesses metaindividuais ou em jogo

o princípio da dignidade da pessoa humana, como já se posicionou o (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2003), conforme abaixo:

Enunciado n. 23 do CJF: A função social do contrato, prevista no art. 421 do nCC, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

Portanto, o princípio da autonomia da vontade dispõe de forma limitada a liberdade de contratar, levando sempre em consideração o respeito à supremacia da ordem pública e aos bons costumes.

#### 2.4.3.2 Princípio do consensualismo

Reza determinado princípio que a avença por duas ou mais vontades equivalem-se para a validade do pacto, em razão da ausência de forma especial para a celebração do negócio jurídico, exceto, se a lei dispuser de forma específica.

Carlos Roberto Gonçalves (2016, p. 45) corrobora que a compra e venda, por exemplo, quando pura, torna-se perfeita e obrigatória, desde que as partes acordem no objeto e no preço (CC, art. 482). O contrato, neste caso, já estará perfeito e acabado desde o momento em que o vencedor aceitar o preço oferecido pela coisa, independentemente da entrega desta.

Para tanto, como ilustrado, sempre que não houver forma específica para determinado tipo de negócio, os particulares são livres para ajustarem entre si.

#### 2.4.3.3 Princípio da relatividade dos efeitos do contrato

O princípio tradicional da relatividade dos efeitos do contrato impunha de que a avença só produziria efeitos entre as partes que o convencionavam.

No entanto, com a conjuntura do Código Civil de 2002, em razão da função social do contrato, tornou-se possível que terceiros influam nos contratos quando forem diretas ou indiretamente atingidos.

Carlos Roberto Gonçalves (2016, p. 47), explica que tal princípio visa resguardar o direito individual, como o coletivo, pois, descreve que não resta dúvida de que o princípio da relatividade dos efeitos do contrato, embora ainda subsista, foi

bastante atenuado pelo reconhecimento de que cláusulas gerais, por conterem normas de ordem pública, não se destinam a proteger unicamente os direitos individuais das partes, mas tutelar o interesse da coletividade, que deve prevalecer quando em conflito com aqueles.

O Conselho da Justiça Federal também editou enunciados acerca do tema, salvaguardando a interpretação de que a função social do contrato - cláusula geral -, impõe a relatividade dos efeitos dos contratos à terceiros (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2003):

Enunciado n. 21 do CJF: A função social do contrato, prevista no art. 421 do nCC, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.

Enunciado n. 432 do CJF: A violação do art. 421 conduz à invalidade ou à ineficácia do contrato ou de cláusulas contratuais.

Seguindo nesse sentido, Maria Helena Diniz (2015, p. 49), ainda, apresenta a cláusula *rebus sic stantibus* (enquanto as coisas estão assim), que se aplica aos contratos - com o fito de relativizar os seus efeitos, quando da ocorrência da modificação da situação das partes contratantes. Neste caso, com lastro na teoria da imprevisão, o contrato deve ser ajustado a uma nova realidade, para fim de manter o equilíbrio contratual das partes com fito de manter o objeto ajustado, mas a nova realidade.

O Conselho da Justiça Federal também elucida a interpretação da cláusula “*rebus sic standibus*”, através do Enunciado n. 22 (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2003):

Enunciado n. 22 do CJF: A função social do contrato, prevista no art. 421 do nCC, constitui cláusula que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.

Em vista disso, a função social do contrato deverá permear desde o nascedouro da obrigação até a sua extinção, podendo o negócio jurídico ser relativizado caso ocorra hipóteses de imprevisão.

#### 2.4.3.4 Princípio da obrigatoriedade dos contratos

Este princípio, com a exceção prevista quanto à cláusula “*rebus sic stantibus*” (teoria da imprevisão), evidencia que os pactos firmados devem ser obedecidos pelas partes contratantes, sob pena de execução forçada ou expropriação patrimonial de bens para a satisfação da avença.

Apregoa Carlos Roberto Gonçalves (2016, p. 48), pelo princípio da autonomia da vontade, ninguém é obrigado a contratar, já que a ordem jurídica concede a cada um a liberdade de contratar e definir os termos e objeto da avença; e, os que o fizerem, porém, sendo o contrato válido e eficaz, devem cumpri-lo, não podendo se forrarem às suas consequências, a não ser com a anuência do outro contraente. Como foram as partes que escolheram os termos do ajuste e a ele se vincularam, não cabe ao juiz preocupar-se com a severidade das cláusulas aceitas, que não podem ser atacadas sob a invocação dos princípios de equidade. O princípio da força obrigatória do contrato significa, em essência, a irreversibilidade da palavra empenhada.

Maria Helena Diniz (2015, p. 48) assevera que as estipulações feitas no contrato deverão ser fielmente cumpridas (*pacta sunt servanda*), sob pena de execução patrimonial contra o inadimplente.

Como visto, o fundamento do dito princípio é proporcionar às partes envolvidas numa relação jurídica, à necessidade de segurança do pacto e a imutabilidade dos contratos.

Todavia, há uma exceção constante do Código Civil, que visa contrapor tal obrigatoriedade e vinculação dos pactos, sendo ela caracterizada pelo caso fortuito ou força maior, transcrevemos (BRASIL, 2002):

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Por tal razão, o caso fortuito - circunstâncias provocadas por fato humano que causam reflexo nos direitos de outros indivíduos -, e a força maior - circunstâncias proporcionadas por fatos externos -; são ocorrências inesperadas que impedem o cumprimento das obrigações e a verdadeira exceção à imutabilidade dos contratos.

#### 2.4.3.5 Princípio da boa-fé

A boa-fé é um dos principais princípios basilares da relação contratual, consagrado como cláusula geral, onde as partes têm o dever de se comportarem de maneira correta, não só quando das tratativas negociais, mas do mesmo modo, durante a formação, execução e a conclusão dos contratos.

Tal princípio foi inserido no artigo 422, do Código Civil, assim transcrito (BRASIL, 2002):

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Nesse sentido, a boa-fé é presumida nos contratos, por se fazer cláusula geral, ao ponto que a má-fé, deve ser devidamente comprovada quando de algum questionamento judicial.

Maria Helena Diniz (2015, p. 51-53) pontua as partes deverão agir com lealdade, honestidade, honradez, probidade (integridade de caráter), denodo e confiança recíprocas, isto é, proceder com boa-fé, esclarecendo os fatos e o conteúdo das cláusulas, procurando o equilíbrio nas prestações, respeitando o outro contratante, não traindo a confiança depositada, procurando cooperar, evitando o enriquecimento indevido, não divulgando informações sigilosas etc. É uma norma que requer o comportamento leal e honesto dos contratantes, sendo incompatível com quaisquer condutas abusivas, tendo por escopo gerar na relação obrigacional a confiança necessária e o equilíbrio das prestações e da distribuição dos riscos e encargos, ante a proibição do enriquecimento sem causa. Tratando-se, portanto, da boa-fé objetiva.

Outrossim, se faz necessário diferenciar a boa-fé objetiva da subjetiva. Pois, ao ponto que a boa-fé objetiva é um princípio – cláusula geral dos contratos -; a boa-fé subjetiva não se trata de princípio, mas sim, um estado psicológico, onde o indivíduo se acha detentor de determinado direito, que só existe na aparência.

Nesta mesma linha argumentativa, Nelson Rosenvald (2014, p. 432), sustenta que existem duas acepções de boa-fé: uma subjetiva e outra objetiva. A boa-fé

subjetiva não é um princípio, e sim um estado psicológico em que a pessoa possui a crença de ser titular de um direito que, em verdade, só existe na aparência. Aduz, que o indivíduo se encontra em escusável situação de ignorância sobre a realidade dos fatos e da lesão a direito alheio. E em sentido diverso, o princípio da boa-fé objetiva - localizado no campo dos direitos das obrigações - é o objeto de nosso enfoque, pois, trata-se da “confiança adjetivada”, uma crença efetiva no comportamento alheio.

O Conselho da Justiça Federal (CJF, 2003) editou também enunciados, consagrando o princípio da boa-fé no direito contratual, dentre eles, o Enunciado 362, onde disciplina que é vedado o comportamento contraditório da parte contratante.

Assim, a boa-fé é imprescindível para a formação do contrato, eis que a má-fé, quando ocasionada, deve ser minuciosamente demonstrada, pois gera o vício no nascedouro da obrigação.

#### 2.4.5 Fases da formação contratual

Analisados os requisitos e os princípios aplicados ao direito contratual, insta analisar os passos que as tratativas devem alcançar para se formar a avença, destacando-se em três pontos: (i) negociação; (ii) proposta; e, (iii) aceitação.

O Código Civil atesta que a declaração de vontade não depende de forma, exceto, quando a lei expressamente a determinar, de acordo com o seu artigo 107 (BRASIL, 2002), que assim prescreve:

Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

Por tal modo, analisado esse dispositivo supra, é visível a cautela e a importância que se deve dar ao referido tema, em razão de que, em regra, a declaração de vontade não depende de forma especial. Diante disso, tal análise visa pontuar a formação do vínculo contratual.

##### 2.4.5.1 Negociação

Em regra, os contratos seguem um rito próprio, onde as partes iniciam uma fase de estudos e conveniência sobre a aquisição de determinado produto ou serviço, após, elaboram uma proposta e na sequência, manifestam a aceitação.

Destaca-se o posicionamento de Carlos Roberto Gonçalves (2016, 72-73), que embora as negociações preliminares não gerem, por si mesmas, obrigações para qualquer dos participantes, elas fazem surgir, entretanto, deveres jurídicos para os contraentes, decorrentes da incidência do princípio da boa-fé, sendo os principais os deveres da lealdade e correção, de informação, de proteção e cuidado e de sigilo. A violação desses deveres durante o transcurso das negociações é que gera a responsabilidade do contraente, tenha sido ou não celebrado o contrato.

Para Maria Helena Diniz (2015, p. 28) o contrato pode aparecer subitamente, bastando uma proposta de negócio, seguida de uma imediata aceitação, para que se tenha a sua formação. Na maioria dos casos, porém, tal não se dá, pois, sua conclusão é precedida de negociações preliminares ou tratativas, isto é, de conversações, entendimentos e reflexões sobre a oferta até se encontrar uma solução satisfatória.

Destarte, não raras vezes, é longínquo o período em que sucedem as tratativas, uma vez que os contratantes necessitam primeiramente sonhar com a aquisição do bem, e depois, analisar minuciosamente os detalhes econômico-financeiros da transação, para ao final, decidir pela escolha do objeto.

E no campo da negociação ou das tratativas preliminares, o princípio da boa-fé ganha maior efetividade, em razão de que um dos contratantes tem maior conhecimento sobre o produto ou serviço, devendo esclarecer tais informações à outra parte, que pretende adquiri-lo.

Logo, aquele que se encontrar em estado avançado de negociação, dando a entender que o negócio está devidamente contratado, causando despesas ou perda de outras oportunidades, gera o dever secundário de indenizar o outro particular, em razão da violação ao dever de boa-fé.

#### 2.4.5.2 Proposta

O contrato, bilateral ou plurilateral, é formado através da manifestação de vontade. Nesse contexto, tais manifestações não são empreendidas no mesmo

momento, ocorrendo em primeiro lugar, a apresentação de uma proposta, ao passo que cabe a outra parte manifestar se aceita ou não a oferta.

Por assim dizer, essas propostas, fazem parte das negociações preliminares, onde poderão passar por exaustivo estudo antes de serem objeto de negócios implementados.

Carlos Roberto Gonçalves (2016, p. 75), descreve que a proposta é o impulso decisivo para a celebração do contrato, constituindo em declaração de vontade definitiva. E Orlando Gomes (2012, p. 78), dispõe que, uma vez ultimada a proposta, o negócio jurídico não está mais passível de estudos e discussões, cabendo a outra parte aceitar ou não a avença nos moldes propostos.

E, para complementar, Nelson Rosenvald (2014, p. 443), discorre que é a exteriorização do projeto do contrato, pois, a proposta, por sua vez, é a exteriorização do projeto de contrato, a manifestação de uma vontade definida em todos os seus termos, depende apenas da concordância da parte contrária para o aperfeiçoamento do contrato.

Porque é sintomática a aplicação da boa-fé objetiva no direito contratual, pois, sob essa nova ordem, o Código Civil, enaltecendo os princípios aqui citados, prescreve a obrigatoriedade da proposta ao proponente (BRASIL, 2002):

Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.

O Código de Defesa do Consumidor também, assegurando tal direito, traz em seu bojo a garantia da oferta veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação; como também, assegura o direito de informação, preconizado pelo princípio da boa-fé como cláusula geral dos contratos, transcrevemos (BRASIL, 1990):

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Ademais, a lei confere circunstâncias específicas em que a proposta não obriga o proponente, a destacar do artigo 428, do Código Civil (BRASIL, 2002):



Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta:

I - se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante;

II - se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente;

III - se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado;

IV - se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente.

Diante deste cotejo, é imperioso assimilar que a proposta uma vez efetuada ela obriga o seu proponente durante o prazo de vigência da mesma, exceto nos casos especificados, de imediata recusa, retratação ou demais casos disciplinados pela lei.

#### 2.4.5.3 Aceitação

Por fim, a aceitação é a concordância com os termos da proposta, notadamente, é a manifestação de vontade caracterizada pelo consentimento, para que seja concluído o contrato.

O Código Civil, prescreve no artigo 431, que se considerará nova proposta, quando a mesma se der fora do prazo ou com modificações.

Carlos Roberto Gonçalves (2016, p. 80), explica que para produzir o efeito de aperfeiçoar o contrato a aceitação deve ser pura e simples. Se apresentada “fora do prazo, com adições, restrições, ou modificações, importará nova proposta” (CC, art. 431), comumente denominada contraproposta.

Outrossim, o dispositivo 432, do Código Civil, elenca duas situações de aceitação tácita, no caso em que não se chega a tempo a recusa, vejamos:

Art. 432. Se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa.

Silvio Rodrigues (2002, p. 70) ainda exemplifica, caso um fornecedor costuma remeter os seus produtos a determinado comerciante, e este, sem confirmar os pedidos, efetua os pagamentos, instaura-se uma praxe comercial. Se o último, em dado momento, quiser interrompê-la, terá de avisar previamente o fornecedor, sob

pena de ficar obrigado ao pagamento de nova remessa, nas mesmas bases anteriores.

Duas são as hipóteses de inexistência de vinculação da aceitação, previstas, também, no artigo 430 e 433, ambos, do Código Civil, a primeira, quando há aceitação, embora realizada dentro do prazo, chega tardia ao conhecimento do proponente; e, a segunda, antes da aceitação, chegar ao conhecimento do proponente a retratação do aceitante.

Dito isso, aceita a proposta, formalizado estará o contrato, reputando-se celebrado, nos termos do artigo 435, do Código Civil, no lugar em que foi proposto. Logo, para os governados realizarem as transações entre si, necessitam praticar tais atos em estrita observância aos regramentos legais e aos princípios basilares às regras de conduta, guardando desde o início das avenças até a sua extinção a regra geral da boa-fé.

### **3. RELAÇÃO ENTRE GOVERNADOS E GOVERNANTES: CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO ESTADO**

Utilizando-se do posicionamento filosófico de John Locke sobre o contrato social e a origem do Estado, exclusivamente, para comparar a Constituição Federal do Brasil de 1988 no que tange a consecução de direitos e à defesa do direito de propriedade, tem-se que a criação daquele ente visava assegurar os cidadãos a manutenção dos direitos inalienáveis (vida, liberdade e patrimônio).

Traçando uma análise com a Constituição Federal de 1988, Daniel Hamilton Fernandes de Lima, Rafael Hamilton Fernandes de Lima e Antonio Jorge Pereira Junior (Revista Jurídica Unicuritiba, 2016), pontuam que a consagração como fundamento da República Federativa do Brasil dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, os quais se baseiam na autonomia dada aos agentes privados para o exercício e a organização das atividades produtivas, aponta-se o resguardo ao gozo dos direitos da propriedade privada.

E segundo Diogo Moreira Neto (1989, p. 28): “A propriedade privada é condição inerente à livre iniciativa e lugar da sua expansão, além de direito individual constitucionalmente assegurado”.

Dessa maneira, o que se pretende evidenciar é que a propriedade privada, no Brasil, deve ser preservada, diante da inalienabilidade do direito fundamental, como aliás, é o meio para concretizar a livre iniciativa.

Assim, para a consecução de todos os objetivos e deveres do Estado, dentre eles os de caráter social, que foram aumentando no curso da evolução da sociedade, nasce a figura da contraprestação pecuniária compulsória (tributo), objetivando arrecadar dinheiro da sociedade para custear as tarefas do ente estatal.

#### **3.1 A TRIBUTAÇÃO COMO FOMENTO À CONTRAPRESTAÇÃO ESTATAL**

Vimos que o Estado surgiu com a necessidade de os indivíduos buscarem a segurança e a proteção para o seu patrimônio, abdicando da parcela da liberdade individual, mediante a observância de regras de conduta e comportamental. Nesse sentido, passou a ser atividade do Estado prestar segurança aos seus indivíduos, bem

como a defesa territorial, e a edição de regras de conduta para zelar o direito de propriedade, utilizando-se a figura do árbitro (juízes) para resolver conflitos individuais.

E a norma constitucional brasileira, ao longo dos anos, passou por inúmeras modificações e inclusão de direitos, ampliando a gama de direitos sociais, para acompanhar a evolução e as necessidades da população.

Assim, houve uma ampliação das assistências aos indivíduos, indo além da garantia dos direitos inalienáveis que o Estado visava preservar (vida, liberdade e patrimônio) – se comparado aos idos do contrato social de John Locke -, logo, o ente estatal atual se faz presente também na saúde, na educação, na previdência social, na intervenção da atividade econômica, no assistencialismo, no monopólio de certas atividades de interesse nacional e outras.

Em vista disso, em razão de uma ampliação do contrato social, visando atender outras necessidades de seus cidadãos (serviços sociais), o Estado tem se tornado cada vez mais dependente de recursos financeiros, para custear tais atividades.

Com isso, houve o aumento da estrutura estatal e a necessidade da incidência de outros impostos e da majoração da carga tributária, visando custear os referidos serviços. E a cobrança de impostos, nada mais é do que a subtração do patrimônio de seus cidadãos, para contribuir com o financiamento da máquina pública.

Ainda que seus indivíduos não gozem dos serviços prestados pelo Estado, devem, ainda, serem compelidos compulsoriamente a contribuir com a parcela da sua riqueza em razão da compulsoriedade que essa prestação pecuniária enseja, desde que estejam inseridos numa regra matriz de incidência tributária.

E isso ocorre justamente para evitar o oportunismo, posto que, àquele que não contribua, possa utilizar da segurança e de toda infraestrutura fornecida pelo ente estatal, sem ter a afetação do seu patrimônio, vindo então às regras de conduta e comportamentais determinarem tal obrigatoriedade, tornando um mal necessário para a garantia da liberdade individual.

E o poder de tributar do estado é assim definido por Hugo de Brito Machado (2013, p. 27):

No exercício de sua soberania o Estado exige que os indivíduos lhe forneçam os recursos de que necessita. Institui o tributo. O poder de tributar nada mais é que um aspecto da soberania estatal, ou uma parcela desta.

Importante, porém, é observar que a relação de tributação não é simplesmente relação de poder como alguns têm pretendido que seja. É relação jurídica, embora o seu fundamento seja a soberania do Estado. Sua origem remota foi a imposição do vencedor sobre o vencido. Uma relação de escravidão, portanto. E essa origem espúria, infelizmente às vezes ainda se mostra presente em nossos dias, nas práticas arbitrárias de autoridades da Administração Tributária. Autoridades ainda desprovidas da consciência de que nas comunidades civilizadas a relação tributária é relação jurídica, e que muitas vezes ainda contam com o apoio de falsos juristas, que usam o conhecimento e a inteligência, infelizmente, em defesa do autoritarismo.

Roque Antônio Carrazza (2012, p. 93-94) comenta acerca do princípio republicano e a competência tributária, asseverando, que esse princípio, quando da instituição do tributo, pode ser desconsiderado pelo Estado em razão da não observância do princípio da igualdade, que disciplina que todos devem ser tratados de forma igual:

É sempre oportuno encarecer que a competência tributária é conferida às pessoas políticas, em última análise, pelo povo, que é o detentor por excelência de todas as competências e de todas as formas de poder. De fato, se as pessoas políticas receberam a competência tributária da Constituição e se esta brotou da vontade soberana do povo, é evidente que a tributação não pode operar-se exclusiva e precipuamente em benefício do Poder Público ou de uma determinada categoria de pessoas. Seria um contrassenso aceitar-se, de um lado, que o povo outorgou a competência tributária às pessoas políticas e, de outro, que elas podem exercitá-la em qualquer sentido, até mesmo em desfavor desse mesmo povo. Não é fácil provar, reconhecemos, que um tributo afronta o princípio republicano. Isto, porém, não significa que a exigência constitucional inexistente. Sempre haverá situações em que, com toda a certeza, o princípio terá sido desconsiderado.

E isso ocorre em razão do valor da alta carga tributária, pois que, ao passo que o Estado presta mais serviços aos cidadãos ou, ainda, a despeito da falta de gestão dos recursos públicos recebidos da arrecadação de impostos, maior será a taxação dos seus contribuintes, adentrando para dentro da sua propriedade, com a devida afetação à parcela da sua riqueza.

Roque Antônio Carrazza (2012, p. 95) ainda assevera:

A conclusão a tirar, portanto, é que a República reconhece a todas as pessoas o direito de só serem tributadas em função do superior interesse do Estado. Os tributos só podem ser criados e exigidos por razões públicas. Em consequência, o dinheiro obtido com a tributação deve ter destinação pública, isto é, deve ser preordenado à manutenção da *res publica*.

Assim, a pessoa política, quando exercitar a competência tributária, deve ter a cautela de verificar se está acolhendo com boa sombra o princípio republicano.

Atualmente, a Constituição Federal delimita a regra de competência tributária, delimitando a cada ente político os tributos que podem instituir, cabendo assim instituírem: a União (imposto sobre a importação (II), imposto sobre a exportação (IE), imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza (IR), imposto sobre produtos industrializados (IPI), impostos sobre operações de crédito, câmbio, seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários (IOF), imposto sobre a propriedade territorial rural (ITR) e o imposto sobre grandes fortunas (IGF)); aos Estados (imposto sobre a transmissão causa *mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos (ITCMD), imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS) e imposto sobre a propriedade de veículos automotores (IPVA)); e, aos Municípios (imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, imposto sobre transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição (ITBI) e imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS)). Por fim, cabendo destacar, que cabe ao Distrito Federal instituir os tributos de competência estadual e municipal.

No entanto, como visualizado, a gama de tributos é demasiada, o que torna alta a carga tributária no Brasil. E nesse contexto, aquele conceito inaugural de Estado se contradiz, pois, ao passo que o ente político evoluiu, avançando para o próprio patrimônio individual que pretendia antes acautelar.

Além da quantidade de tributos, as normas - regra matriz de incidência tributária -, são complexas, ao ponto de tornarem-se incompreensíveis, o que majora ainda mais o custo administrativo com a fiscalização e a arrecadação do tributo, pois, não raras vezes, os contribuintes são impelidos a procurarem profissionais técnicos para interpretarem a norma jurídica ou quando tal fato contribui para o não recolhimento do tributo.

Alfredo Augusto Becker (2004, p. 15) enfatiza acerca da tributação irracional do Estado, quando em razão da alta carga tributária:

A tributação irracional dos últimos anos conduziu os contribuintes (em especial os assalariados) a tal estado que, hoje, só lhes resta a tanga. E, além da tanga, restam-lhes apenas a fé e a esperança na mudança desse estado de coisas simultaneamente com a mudança dos Ministros da Fazenda e do Planejamento.

Porém, se a estes contribuintes tributarem até mesmo a tanga, então, perdidas estarão a fé e a esperança. Infelizmente existem fundadas razões para que tal aconteça.

E se a exposição que o leitor lerá parecer-lhe caótica, recorde-se que eu estou procurando descrever o caos.

Assim, em razão da quantidade de impostos, da constante alteração das alíquotas, do preço que se paga para viver em sociedade e da dificuldade da interpretação da norma jurídica tributária, o Estado incentiva a sonegação fiscal, ao ponto que o contribuinte não tem condições para custear com os valores que o ente necessita arrecadar, tornando uma espoliação do patrimônio privado que visava garantir.

Diante disso, é visível que para incentivar o crescimento de um país se faz imperioso um maior planejamento de seus governantes, aliado a um plano conjunto de governança, onde as despesas são reduzidas, e o tamanho do estado é diminuído, sem, contudo, deixar de atender os interesses da sua população.

### 3.2 O DEVER TRIBUTÁRIO DO ESTADO

Preambularmente, trataremos como “dever” tributário do Estado ao invés de “poder”, em razão de que a Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar n. 101/2000, disciplina que é dever o ente político a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional, consoante a transcrição a seguir (BRASIL, 2000):

Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.

§ 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o

cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

§ 2º As disposições desta Lei Complementar obrigam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Referida lei, dispõe ainda, que é requisito essencial da responsabilidade fiscal do governante, a instituição, previsão e a efetiva arrecadação de todos os tributos de competência constitucional, sob pena de responder por crime de responsabilidade fiscal. Pois, uma vez inserido pela Constituição Federal a competência tributária do respectivo ente político (União, Estados, Distrito Federal ou Município), o mesmo tem o dever de instituir e arrecadar o tributo, com o fito de auferir a receita para a manutenção da máquina pública.

Nesse sentido, Roque Antônio Carrazza (2012, p. 93) prescreve:

É sempre oportuno encarecer que a competência tributária é conferida às pessoas políticas, em última análise, pelo povo, que é detentor por excelência de *todas* as competências e de *todas* as formas de poder. De fato, se as pessoas políticas receberam a competência tributária da Constituição e se esta brotou da vontade soberana do povo, é evidente que a tributação não pode operar-se exclusiva e precipuamente em benefício do Poder Público ou de uma determinada categoria de pessoas. Seria um contrassenso aceitar-se, de um lado, que o povo outorgou a competência tributária às pessoas políticas e, de outro, que elas podem exercitá-la em qualquer sentido, até mesmo em desfavor desse mesmo povo.

Portanto, consignado na constituição a norma de competência tributária, os respectivos entes políticos, através de seus representantes, têm o dever de instituir e arrecadar os respectivos impostos de sua competência, sob pena de incidir em crime de responsabilidade fiscal.

### 3.3 O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA COMO LIMITE AO DEVER DE TRIBUTAR DO ESTADO

O princípio da capacidade contributiva tem previsão constitucional, instado no §1º, do artigo 145, e dispõe que sempre que possível os impostos terão caráter



pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, conforme abaixo transcrito (BRASIL, 1988):

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I - impostos;

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Nesse aspecto, tal princípio enfatiza que o ente político ao instituir um tributo deve o fazer em atenção à capacidade contributiva dos contribuintes, uma vez que a pessoa tributada deve suportar a carga tributária e não ser subtraído pelo ente estatal, o que poderia caracterizar um efeito confiscatório do tributo, já que os conceitos para a instituição do contrato social (surgimento do Estado) estariam também desvirtuados; pois que, o estado passaria a tributar demasiadamente sobre o patrimônio do indivíduo, apropriando-se de sua riqueza, o que ocasionaria prejuízo à segurança ao próprio direito de propriedade, já que o ente político seria o grande vilão, quando por meio da carga tributária elevada, passe a invadir o patrimônio antes protegido.

Roque Antônio Carrazza (2012, p. 96-100) enfatiza sobre a capacidade contributiva, salientando que aquele que detém mais patrimônio deve arcar, proporcionalmente, com a maior carga tributária, ao ponto que o que tem menor patrimônio, arque com uma parcela menor:

Da só leitura deste dispositivo constitucional emerge, de modo inequívoco, a necessária correlação entre os impostos e a capacidade contributiva. De um modo bem amplo, já podemos adiantar que ela se manifesta diante de fatos ou situações que revelam, *prima facie*, da parte de quem os realiza ou neles se entrona, condições objetivas para, pelo menos em tese, suportar a carga econômica desta particular espécie tributária.

II- Acrescentamos que o princípio da capacidade contributiva hospeda-se nas dobras do princípio da igualdade e ajuda a realizar, no campo tributário, os ideais republicanos. Realmente, é justo e jurídico que quem, em termos econômicos, tem muito pague,

proporcionalmente, mais imposto do que quem tem pouco. Quem tem maior riqueza deve, em termos proporcionais, pagar mais imposto do que quem tem menor riqueza. Noutras palavras, deve contribuir mais para a manutenção da coisa pública. As pessoas, pois, devem pagar impostos na proporção dos seus haveres, ou seja, de seus índices de riqueza.

(...)

IV – A progressividade das alíquotas tributárias, longe de atritar com o sistema jurídico, é o melhor meio de se afastarem, no campo dos impostos, as injustiças tributárias, vedadas pela Carta Magna. Sem impostos progressivos não há como atingir-se a igualdade tributária. Logo, o sistema de impostos, no Brasil, deve ser informado pelo critério da progressividade.

Para Graziela C. da Silva B. Machado, Francisco Cardozo Oliveira e Demetrius Nichele Macei, além da capacidade contributiva, o tributo deve obedecer a igualdade entre contribuintes. Pois, salientam que essa preocupação do legislador constituinte é prudente, na medida em que o tributo interfere diretamente no patrimônio dos cidadãos, e por isso, qualquer tratamento irregular que vise privilegiar uns em detrimento de outros, deve ser abolido

Por essa razão, isso não quer dizer que aquele que não detenha patrimônio não contribua com a sua parcela da carga tributária, em razão da igualdade da regra matriz de incidência tributária, posto que, ninguém é excluído da obrigação tributária, desde que pratique o fato em subsunção à norma jurídica. E neste norte, a progressividade de alíquotas pode ser o ponto de equilíbrio para ativar o princípio da capacidade contributiva com o princípio da igualdade, em razão da proporcionalidade que deve haver entre ambos os princípios.

Já, para Paulo de Barros Carvalho (2013, p. 172), ao comentar o princípio da capacidade contributiva, assevera que deve o legislador, ao instituir tributos, deve buscar fatos que demonstrem signos de riqueza, para fins de distribuição uniforme da carga tributária e com respeito ao princípio da igualdade, destaca-se

A capacidade contributiva do sujeito passivo sempre foi o padrão de referência básico para aferir-se o impacto da carga tributária e o critério comum dos juízos de valor sobre o cabimento e a proporção do expediente impositivo. Mensurar a possibilidade econômica de contribuir para o erário com o pagamento de tributos é o grande desafio de quantos lidam com esse delicado instrumento de satisfação dos interesses públicos e o modo como é avaliado o grau de refinamento dos vários sistemas de direito tributário. Muitos se queixam, entre nós, do avanço desmedido no patrimônio dos contribuintes, por parte daqueles que legislam, sem que haja atinência aos signos presuntivos

de riqueza sobre os quais se projeta a iniciativa das autoridades tributantes, o que compromete os esquemas de justiça, de certeza e de segurança, predicados indispensáveis a qualquer ordenamento que se pretenda racional nas sociedades pós-modernas.

Ao recordar, no plano da realidade social, daqueles fatos que julga de porte adequado para fazer nascer a obrigação tributária, o político sai à procura de acontecimentos que sabe haverão de ser medidos segundos parâmetros econômicos, uma vez que o vínculo jurídico a eles atrelado deve ter como objeto uma prestação pecuniária. Há necessidade premente de ater-se o legislador à procura de fatos que demonstrem signos de riqueza, pois somente assim, poderá distribuir a carga tributária de modo uniforme e com satisfatória atinência ao princípio da igualdade.

Humberto Ávila (2004, p. 83) em sua obra, também dispõe sobre a ligação entre o princípio da capacidade contributiva com o da igualdade:

A norma tributária que tem por fim obter receitas é denominada *norma com finalidade fiscal (Lastenausteilungsnorm)* e deve ser avaliada de acordo com um parâmetro de justiça – a capacidade contributiva. Para a interpretação dessas normas tributárias, a finalidade – obtenção de receita – não é adequada, porque não pode esclarecer por que determinado dispositivo foi configurado deste ou daquele modo. A persecução desse objetivo conduziria a uma ampliação ainda maior das obrigações tributárias. Por isso, essas normas devem ser medidas pelo parâmetro da igualdade.

Insta ressaltar a diferenciação realizada por Sacha Calmon Navarro Coêlho (2012, p. 71), entre capacidade contributiva subjetiva (em consideração a pessoa) e a capacidade contributiva objetiva (em consideração aos bens), assim descrita:

A capacidade contributiva é a possibilidade econômica de pagar tributos (*ability to pay*). É subjetiva quando leva em conta a pessoa (capacidade econômica real). É objetiva quando toma em consideração manifestações objetivas da pessoa (ter casa, carro do ano, sítio numa área valorizada, etc.). Aí temos “signos presuntivos de capacidade contributiva”. Ao nosso sentir, o contribuinte elegeu como princípio a capacidade econômica real do contribuinte.

Por derradeiro, analisado que a capacidade contributiva, deve ser levada em conta quando da instituição do tributo, notadamente, atrelada ao princípio da igualdade, onde através de alíquotas progressivas é possível dirimir aquele que detém maiores condições de arcar com uma maior carga tributária, lastreado nos fatos signos de riqueza.

Por assim dizer, consubstanciado na capacidade contributiva e no princípio da igualdade, o Estado não pode tributar sem limites, pois, a propriedade privada é ainda motivo de resguardo da atividade estatal, não podendo esta comprometer a subsistência de seus cidadãos ou a higidez da sociedade empresária.

### 3.4 A ANÁLISE ECONÔMICA DA TRIBUTAÇÃO

A Constituição Federal assevera, em seu artigo 170, inciso IX, quando dispõe acerca da ordem econômica, um tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenha a sua administração no País (BRASIL, 1988):

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

I - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Hugo de Brito Machado (2013, p. 41), neste ensejo, discorre sobre o dever do Estado em estimular o desenvolvimento econômico e social:

É certo que nossa Constituição contém regras no sentido de que o desenvolvimento econômico e social deve ser estimulado (art. 170), e especificamente no sentido de que a lei poderá, em relação à empresa de pequeno porte constituída sob as leis brasileiras, e que tenham sua sede e administração no País, conceder tratamento favorecido (art. 170, IX).

Neste íterim, não se pode olvidar que a tributação é a ferramenta mais cruel que o Estado pode manejar em prol da autonomia privada. Com base nesta, o ente estatal consegue intervir em decisões tomadas pelos indivíduos, desvirtuando a forma de produção, importação, exportação, produção de riqueza e de emprego. Sendo assim, uma carga tributária baixa tende a fomentar o crescimento econômico do país, e o inverso, tende a acabar com o sistema econômico.

Cristiano Carvalho (2014, 246), em seu artigo *Análise Econômica da Tributação*, também discorre:

Ocorre que a tributação é uma das mais fortes intrusões que o sistema jurídico tem o condão de fazer a esfera de autonomia privada. Por essa mesma aptidão de afetar a liberdade individual, os tributos são potentes estímulos ao comportamento humano, os tributos são potentes estímulos ao comportamento humano, aptos a alterar escolhas e ações dos cidadãos.

Desta feita, caberia ao governo servir os contribuintes e não ser servido pelos cidadãos com a alta carga tributária que lhe são impostas, como ocorre na atualidade. E a desoneração de tributos seria a saída mais adequada para fomentar a retomada ao crescimento econômico do país.

E nesta seara, bem explanou José Afonso da Silva (2007, p. 808):

O artigo 174 declara que o Estado exercerá sua atividade de agente normativo e regulador, na forma da lei. Não se quer, com isso, dizer que a intervenção, nesses termos, dependa sempre de lei em cada caso específico. De fato, não se exige lei em cada caso para estimular e apoiar a iniciativa privada na organização e exploração da atividade econômica, como também não é mediante lei que se limitam atividades econômicas. Essas intervenções todas se realizam mediante ato administrativo, embora não possam efetivar-se senão de acordo com previsão legal.

Note-se que no campo tributário, o Estado disciplina a forma como quer que hajam os seus indivíduos, pois, através da extrafiscalidade, repercute também nos resultados econômicos e sociais, utilizando o aumento ou a redução de impostos como meio de incentivo para a prática ou a abstenção de determinada atividade ou o uso de determinados bens e serviços, cuja intenção é apenas direcionar tomadas de decisões sem visar a arrecadação.

Sobre o tema, Cristiano Carvalho (2014, p. 252-253) discorre:

É consenso entre os economistas de formação neoclássica que os tributos, ainda que necessários, distorcem o sistema de preços do mercado. E distorcem pelo fato de incentivarem comportamentos dos produtores e consumidores, alterando o equilíbrio entre oferta e demanda

Se determinados bens de consumo são tributados e o produtor repassa o seu custo ao preço final, os consumidores podem optar por consumir menos daquele bem ou substituí-lo por outro no mercado, se a sua demanda for elástica. A distorção é causada porque o tributo faz com que o consumidor adquira menos daqueles bens, alterando o equilíbrio entre oferta e demanda, que ocorre quando o produtor oferece a quantidade de bens que os consumidores pretendem adquirir.

Como o produto aumenta de preço, a tendência racional é consumi-lo menos (preferencialmente substituindo-o por outro, mais barato), o que diminui a quantidade vendida, acarretando desequilíbrio entre as curvas de oferta e demanda.

Cristiano Carvalho ainda destaca (p. 256):

Como vimos, os tributos são distorcivos, pois interferem no sistema de preços e incentivam o comportamento de produtores e consumidores, desequilibrando o equilíbrio entre a oferta e demanda. Todavia, se o tributo incidir sobre produtos e serviços com demanda inelástica, *i. e.*, de baixa sensibilidade dos consumidores à alteração nos preços, não ocorrerá o efeito-substituição e, conseqüentemente, não haverá ineficiência alocativa (peso-morto). Isso ocorre porque os consumidores continuarão consumindo aquele bem, mesmo com o tributo incorporado no preço.

Outro problema enfrentado que eleva a carga tributária é a sonegação fiscal. Pois, quando a carga tributária é alta, há um fomento para o não recolhimento de tributos, seja por procedimentos legais (elisão fiscal – não ocorrência do fato gerador), ilegais (evasão fiscal (ocorrência do fato gerador e tentativa de se evitar o conhecimento pelo fisco) ou elusão fiscal (simulação da não ocorrência do fato gerador)) ou até mesmo pela opção em não recolher o valor pecuniário, até que seja acionado judicialmente pelo fisco. Diante disso, a carga tributária passa a ser elevada, em razão da necessidade de compensação, a fim de se adequar ao gasto público.

Por outra razão, outro grande problema encontrado na sistemática jurídica tributária, que entoa o não recolhimento de tributos, é em razão da complexidade do sistema tributário, seja pelo número elevado de impostos, seja pela alteração

constante das respectivas normas, sendo inviável a sua compreensão sem a devida ajuda técnica (contadores e advogados).

A legislação tributária deve ser de fácil compreensão, pois que, quanto mais complexa, maior o custo do contribuinte entendê-la e do estado em arrecadar.

Diante disso, há um custo administrativo muito elevado em razão da necessidade de fiscalização, arrecadação e cobrança dos tributos, o que ocasiona um aumento do gasto público e a necessidade de os contribuintes financiarem mais essa atividade estatal.

Por conclusivo, são inúmeros os fatores que necessitam de melhor aprimoramento para que o país retome o seu crescimento econômico, dentre eles, a gestão dos recursos públicos, o combate a todos os meios e níveis de corrupção, atendimento precípuo aos limites tributários da capacidade contributiva e da igualdade, elaborando normas de fácil compreensão, fiscalização e arrecadação, no intuito de que todos os cidadãos contribuam com a manutenção dos gastos estatais de acordo com a proporcionalidade de suas condições.

### 3.5. DESVIRTUAÇÃO DO PACTO SOCIAL COM O AUMENTO DE PODERES DO ESTADO

O Estado, utilizando-se nesta análise o modelo de John Locke, foi instituído, exclusivamente, para garantir os direitos inalienáveis de seus indivíduos (vida, liberdade e patrimônio).

Neste caso, em contraprestação a atividade estatal exercida, nasce a necessidade de subtrair parcela da liberdade destes indivíduos, e também, a parte de riqueza produzida - obrigação tributária -, com o fim de manter em funcionamento deste sistema.

Com o passar dos séculos, temos visto uma maior concentração de poderes do Estado, onde os seus indivíduos são compelidos a abrir mão, cada vez mais, da sua liberdade individual para se sobreporem às regras estatais, além de terem suas rendas quase que confiscadas pelo referido ente. Neste ponto, estamos diante da incidência tributária do imposto de renda retido na fonte, no importe de 27,5% (vinte e sete vírgula cinco por cento); além, dos tributos que incidem sobre o consumo e patrimônio.

Tal fato que sobreleva essa atuação do Estado em tributar desordenadamente o seu povo está ligado às formas de condução de governo, não raras vezes, por problemas de gestão da máquina pública, gastos desnecessários, criação de ministérios e secretárias, realização de obras desnecessárias, incentivos específicos para determinados setores e a corrupção.

Não raras vezes, as escolhas adotadas por governos nem sempre são consideradas as melhores para o seu povo, tendo ímpeto nitidamente pessoal, como antes dito, como mecanismo de se manter no comando do poder.

Por isso, diante do excesso de poder concentrado nas mãos dos governantes, o povo está restrito às suas decisões, na ocasião em que o seu direito de liberdade e propriedade vêm sendo limitado às arbitrariedades acoimadas por nossos governantes. E nem sempre as decisões tomadas pelos governantes são as mais acertadas e melhores para o povo que os representam.

Contrário censo, o contrato social - cujo pacto se sujeitaram aqueles indivíduos livres e que hoje se aplica à nossa geração, visava proteger e garantir os direitos inalienáveis (vida, liberdade e propriedade privada) -; contudo, é visível que este pacto tem-se deturpado contra os seus indivíduos, na medida em que os poderes concedidos aos governantes passaram a restringir maior parcela da liberdade individual e do patrimônio dos seus indivíduos, por razão da alta carga tributária - ferramenta de manutenção do governo -, e da ausência pública.

Luciano Benetti Timm (2014, p. 249), comenta os idos do contrato social, em seu texto abaixo transcrito:

Por “contrato social” entende-se o pacto realizado entre os indivíduos, pelo qual ao renunciar parte de sua liberdade individual constituem uma entidade central, dotada de autoridade sobre todos. Esta autoridade, normalmente o Estado, terá a função de proteger e garantir a liberdade dos mesmos indivíduos que abdicarem de parcela dela ao pactuarem o contrato social.

Por mais contraditório que possa parecer, é a renúncia parcial da liberdade que possibilita a manutenção dessa mesma liberdade, pelo monopólio estatal do uso da força. “Como exemplos, a segurança contra violência interna (polícia), a segurança contra violência externa (forças armadas) e arbítrio para dirimir conflitos de interesses entre os indivíduos (juízes).

Como antes destacado, voltamos a dizer que cabe ao Estado a manutenção da paz e a segurança, com o fito de preservar o direito e garantia do patrimônio, mas não



cabe a ele adentrar na esfera individual privada, utilizando-se de ferramenta fugaz de expropriação de patrimônio (tributo), para fins confiscatórios.

Se analisarmos duramente, vimos que o pacto social se voltou contra aqueles que pretendiam se salvaguardar da segurança Estatal, uma vez que nos vimos violentados atualmente pelo Estado, ocasião em que têm restringido a liberdade individual e o patrimônio, Bertrand Russel (2014, p. 34):

A essência dos Estados é a de ser o repositório da força coletiva de seus cidadãos. Essa força assume duas formas, uma interna e outra externa. A forma interna é a lei e a polícia; a forma externa é o poder de fazer a guerra, tal como corporificado no Exército e na Marinha. O Estado é constituído pela associação de todos os habitantes de uma área, usando sua força unificada de acordo com as ordens de um governo. Em um Estado civilizado, a força só é empregada contra seus próprios cidadãos conforme regras previamente estabelecidas, as quais constituem o código penal. Mas o emprego da força contra estrangeiros não é regulado por nenhum código de regras e avança, com poucas exceções, de acordo com algum interesse nacional, real ou imaginado.

Porquanto, dito isso, quanto maior a extensão de poderes concedidos aos governantes, maior a parcela da liberdade e patrimônio individual que serão sarrupados do povo que coaduna com esse corpo político, distanciando do modelo de contrato social inicialmente instalado, que intuía, sobremodo, para assegurar a vida, a liberdade e o patrimônio dos homens em seu estado natural, quando então, o Estado, além de proteger o seu indivíduo, passou também a subtrair o seu patrimônio deste povo, em razão da decisão maior, como também passou a competir com a produção de bens e riquezas, mormente, intervindo de forma brutal na economia e direcionando-se ao monopólio para o exercício de determinadas atividades.

Nesse sentido, Bertrand Russel (2014, 34) ainda afirma:

Algumas das funções do Estado, como o serviço postal e educação elementar, podem ser desempenhadas por agentes privados e só estão a cargo do Estado por motivos de conveniência. Já outros assuntos, como a lei, a polícia, o Exército e a Marinha, pertencem mais essencialmente ao Estado: enquanto houver algum modo de Estado, será difícil imaginar tais assuntos em mãos privadas.

Como antes alinhado, há inúmeras atividades prestadas pelo Estado, na atualidade, que poderiam ser desmembradas do poder público e remodeladas para a

iniciativa privada, como forma de diminuir o serviço prestado pelo ente e a arrecadação de impostos, que visam fazer frente a tal custeio, dentre elas, o serviço postal e inúmeras outras estatais.

John Locke (2011, p. 114), comentando sobre os poderes políticos do Estado, salienta que o Estado não pode ser absoluto e arbitrário:

Não pode portanto ser um poder absoluto e arbitrário sobre a vida e a fortuna dos homens, que terão de ser preservadas na medida do possível, mas o poder de fazer leis, contemplando também as penalidades que visem à preservação do conjunto, suprimindo as partes da sociedade - e somente estas – que estejam tão corrompidas a ponto de ameaçarem as partes sãs, sem o que nenhuma severidade da lei seria legítima.

Se faz necessário repensar o contrato social atual, levando em consideração, àquele conceituado por John Locke, em razão do fracasso dos atuais sistemas de governos e a descrença da população de seus entes representativos, devido ao intervencionismo do Estado na vida privada, o alto custo estatal e a corrupção que assola boa parte da administração pública.

### 3.6 MUDANÇA POR DIGNIDADE DE UM PACTO SOCIAL JUSTO

Ao aderir ao pacto social, mediante a obediência das normas de conduta, cabe à sociedade, eminentemente, fiscalizar a atuação do Estado e de todos os poderes conferidos para a representação do povo. Neste condão, havendo mutação para aquilo que foi antes convencionado, somente o povo poderá repercutir-se no anseio das mudanças que necessitam ser implementadas, a fim de se praticar a justiça e a dignidade em desfrutar dos frutos do suor do trabalho.

Leandro Consalter Kauche (CONPEDI, 2016), aduz que um povo unido é temido pelos estrangeiros - o que motivou o contrato social para assegurar a proteção à vida e ao direito de propriedade -, o mesmo também o é por seus representantes internos, em razão do poder emanar do povo e dele se modificar, se a união se imperar, não haverá governo desgovernado, já que o povo temido tem a força voraz para modificar seus governantes.

John Locke (2011, p. 101) aponta que todo o poder é limitado, podendo o povo, em união, transformar àquilo que não funciona, com a salvaguarda do poder supremo,

a fim de não deturpar o conteúdo inicial, que é a manutenção da segurança e do patrimônio, veja-se:

Embora em uma comunidade constituída, erigida sobre a base popular e atuado conforme sua própria natureza, isto é, agindo sempre em busca de sua própria preservação, somente possa existir um poder supremo, que é o legislativo, ao qual tudo o mais deve ser subordinado, sendo todavia o legislativo somente um poder fiduciário que entra em ação apenas em certos casos, cabe ainda ao povo o poder supremo para afastar ou modificar o legislativo, se constatar que age contra a intenção do encargo que lhe confiaram. Ora, todo poder concedido como encargo para se obter certo objetivo é limitado por esse mesmo objetivo, e sempre que este for desprezado ou claramente contrariado, perde-se necessariamente o direito a este poder, que retorna às mãos que o concederam, que poderão depositá-lo em quem julguem melhor para garantia e segurança próprias. Por isso, a comunidade sempre conserva o poder supremo de se salvaguardar contra os maus propósitos e atentados de quem quer que seja, até dos legisladores, quando se mostrarem levianos ou maldosos para tramar contra a liberdade e propriedades dos cidadãos.

Jean-Jacques Rousseau (2015, p. 11) salienta, ademais, que cabe ao povo - quando usurpados de sua liberdade -, lutar para recuperá-la da mesma forma como fora subtraída, destaca-se:

Se um povo é constringido a obedecer e obedece, faz bem; mas, se é capaz de abalar o jugo e o abala, faz ainda melhor, pois recuperando sua liberdade mediante o mesmo direito pelo qual ela lhe foi arrebatada, ou vê nele base para retomá-la ou não havia, de modo algum, direito para que dele a subtraíssem. Porém, a ordem social é um direito sagrado que serve de base a todos os demais. Entretanto, esse direito não tem, absolutamente, origem na natureza, estando, portanto, fundado em convenções. Cumpre saber que convenções são essas.

O autor ainda argumenta (2015, p. 14):

Visto que nenhum homem tem qualquer autoridade natural sobre seu semelhante e visto que a força não produz direito algum, restam, então, as convenções como base para toda autoridade legítima entre os seres humanos.

Neste contexto, reafirmamos que cabe a mesma população que elegeu os seus governantes, fiscalizar a forma como vem sendo administrado o governo. Pois,

pressupondo desgovernança, e vigendo o contrato social, cabe ao povo a manutenção pela supremacia do poder e da ordem, fazendo restabelecê-la pela força.

Jean-Jacques Rousseau (2015, p. 27), ainda afirma que, se não houvesse consenso na comunidade, jamais um pacto social se firmaria, já que é basicamente nesse interesse - bem comum -, que uma sociedade deve ser governada, abstraindo-se todas as formas e anseios de interesses privados:

A primeira e a mais importante consequência dos princípios até agora estabelecidos é que somente a vontade geral pode dirigir as forças do Estado segundo o objetivo de sua instituição, que é o bem comum, pois se a oposição dos interesses particulares tornou necessário o estabelecimento das sociedades, foi o acordo desses mesmos interesses que o tornou possível. É o que há de comum nesses interesses diferentes que forma o vínculo social e se não houvesse qualquer ponto em que todos os interesses concordassem, não poderia existir nenhuma sociedade. Ora, é unicamente baseado nesse interesse comum que a sociedade deve ser governada.

Ainda, Jean-Jacques Rousseau (2015, p.20), apregoa que em sendo modificado o contrato e violado o pacto social, retomariam as partes o *status quo ante*, já que retomariam aos seus primeiros direitos, voltando-se para o estado natural:

As cláusulas desse contrato são de tal forma determinadas pela natureza do ato que a menor modificação as tornaria vãs e de nenhum efeito, de sorte que, mesmo sendo enunciadas de maneira formal, são em todas as partes as mesmas, em todas as partes tacitamente admitidas e reconhecidas, de modo que sendo o pacto social violado, cada um retornaria aos seus primeiros direitos e retomaria sua liberdade natural, perdendo a liberdade convencional pela qual renunciara a favor daquela.

Desta maneira, a reflexão aqui empregada, se destina analisar como um pacto social pode se sobrepor a tantas desigualdades e privilégios que são destinados a pequena gama de cidadãos, quando são observados os privilégios individuais e a perpetuação no poder.

No Brasil, o aumento de poder concedido ao Estado tem proporcionado a tamanha desigualdade de classes, onde poucos são beneficiados e muitos são sequer atendidos.

A concorrência do Estado com a iniciativa privada tem sido um vilão, sujeito em muitos casos ao intento da corrupção, na ocasião em que, a realização de obras e serviços públicos, não raras exceções, fica direcionada para o “amigo” do governante.

Poder-se dizer, se levado isso a tona, dificilmente se alcançaria o bem comum, mas o individual, daqueles que governam e lutam para se perpetuarem no poder e controlar a máquina pública, criando riquezas pessoais.

A proteção ao patrimônio como ferramenta para a constituição de um pacto social, não mais faz sentido, quando o Estado passou a ser o próprio “leviatã” e o expropriador da liberdade e patrimônio individual. Já que é nítido nos tempos atuais, que o povo não se vê mais representado pelos governantes que são eleitos, razão pela qual, a confiança não mais se impera, na ocasião em que o dinheiro que é subtraído de parcela da sociedade, não lhes retorna em momento algum, pois, visível a precariedade do sistema de ensino, saúde, segurança pública, transporte público, dentre inúmeros outros que o Estado tenta abranger.

Também cabe destacar, que os programas de governo populistas, onde a distribuição de riqueza fomenta os pobres e o voto, desacelera a produção e o incentivo de crescimento, uma vez que, quanto maior a produção, maior será a carga tributária, o que desestimula qualquer cidadão de gerar riqueza, em razão de que o Estado auferirá grande parcela da mesma sem em nada ter-lhe contribuído ou retribuir.

Nesse sentir, são inúmeros os fatos que podemos listar para não mais subsistir o interesse pela manutenção daquele pacto social: quebra de confiança dos cidadãos nos seus governantes; corrupção desenfreada do sistema, instalada dentro dos governos; falta de retribuição de serviços por ocasião da alta carga tributária, pois que, em nada retorna para o cidadão o dinheiro pago em impostos, ante a precariedade de todos os serviços que são prestados pelo Estado; desvio de finalidade, em razão de que o Estado não mais garante a segurança ao seu povo, quando também expropria o seu patrimônio; aumento de poderes e concorrência com a iniciativa privada; e, diante da intervenção na vida privada.

Portanto, deve-se refletir como revisar aquele contrato social para fazer inserir a garantia à segurança e o patrimônio da população, quando não mais se impera tal conteúdo inicial.

## 4. O JUDICIÁRIO COMO BALUARTE NO EQUILÍBRIO DAS RELAÇÕES ENTRE O CONTRIBUINTE E O ESTADO

Como visível de que o pacto social, além de transpor segurança no que tangia às ameaças de invasões estrangeiras e a propriedade privada de seus cidadãos, trazia também insegurança no que se referiam a aplicação das regras e normas de conduta nas relações entre particulares, nasce um órgão do próprio Estado capaz de dirimir referidas controvérsias, com o fito de apaziguar referidos conflitos.

Nesta senda, surge-se então, na atualidade, após a repartição de poderes estatais, o Poder Judiciário, que se reveste como um braço do Estado para equilibrar as relações entre o contribuinte x estado; e, particular x particular.

### 4.1 A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DOS MAGISTRADOS

A importante questão a ser tratada inicialmente é quanto à legitimidade democrática dos magistrados, em exercício na função política (jurisdicional), mas que ingressam na carreira através de concurso público, não sujeito às eleições.

Ocorre que ao decidirem sobre questões afetas à população, muitas vezes, contrariando legislações que foram produzidas pelo Poder Legislativo - por parlamentares eleitos pelo povo, bem como, contrariando decisões emanadas pelo Poder Executivo - atreladas ao orçamento público, os magistrados interferem, veementemente, na esfera pública e na política, contrariando o próprio princípio democrático.

Em torno deste paradoxo que constitui a exigência de controle democrático, Eduardo Cambi (2009, p. 265) sustenta que:

Os detentores de cargos políticos, por sua vez, conduzem as suas decisões visando, periodicamente, às próximas eleições. Estão sujeitos à fiscalização e à exoneração da representação popular. Ao contrário, o controle dos gastos públicos pelo Judiciário faria com que houvesse a suplantação, pelos juízes, dos órgãos que exercem a responsabilidade política (governo e congresso) por tais despesas, o que findaria com a instituição de um *Estado Judicial* ou para a era do *jurisprudencialismo*.

E argumenta adiante o autor (2009, p. 265):

A inexistência de dinheiro para satisfazer a implementação de todas as necessidades sociais exige escolhas alocativas de recursos, que são típicas opções políticas, pautadas por critérios de *marco-justiça* (o quanto disponibilizar e a quem atender). Não estaria o Judiciário vocacionado para isto, devendo resolver apenas os problemas da *micro-justiça* (ou da justiça do caso concreto), uma vez que não teria como levar em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, maximização dos resultados, etc. Com efeito, não poderia examinar pretensões à prestação de um direito fundamental social, porque não teria como analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte, com invariável prejuízo para o todo.

Luis Roberto Barroso (OAB, 2015), antes de ocupar a vaga de Ministro da Corte Constitucional, elaborou uma crítica em face da legitimidade democrática, quanto à intervenção judicial:

Os membros do Poder Judiciário – juízes, desembargadores e ministros – não são agentes públicos eleitos. Embora não tenham o batismo da vontade popular, magistrados e tribunais desempenham, inegavelmente, um poder político, inclusive o de invalidar atos dos outros dois Poderes. A possibilidade de um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República – sufragado por mais de 40 milhões de votos – ou do Congresso – cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular – é identificada na teoria constitucional como *dificuldade contramajoritária*. Onde estaria, então, sua legitimidade para invalidar decisões daqueles que exercem mandato popular, que foram escolhidos pelo povo?

Nesse sentido, o citado autor aponta duas justificativas para responder à legitimidade do Poder Judiciário em invalidar as decisões tomadas pelos que exercem mandato, a primeira - de caráter normativo e, a segunda - filosófica. Para a justificativa normativa, o autor coaduna que a Constituição determina ao Judiciário (Supremo Tribunal Federal), a atuação técnica e imparcial - sem vontade política própria - que ao aplicar a Constituição e as leis, estaria concretizando as decisões tomadas pelo povo, já que - eleitos - criaram as legislações, satisfazendo, assim, a vontade popular. Já para a justificativa filosófica, a jurisdição constitucional é composta por dois sentidos, um deles *Constitucionalismo* (poder limitado e respeito aos direitos fundamentais); e, *Democracia* (que significa soberania popular).

Inobstante a tal crítica, quando a jurisdição constitucional passa a ser bem desempenhada, sobrepõe-se ainda mais a segurança da democracia, por seu turno, pois que estarão resguardados os preceitos constitucionais da norma jurídica, notadamente, quanto aos direitos e garantias fundamentais.

Em outro artigo, Luís Roberto Barroso (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2015), salienta que quando se trata de violação aos direitos e garantias fundamentais, no caso, direito à saúde, deve o Poder Judiciário intervir, quando provocado, para atender e resguardar a Constituição Federal:

O princípio democrático, por sua vez, se expressa na ideia de soberania popular: todo poder emana do povo, na dicção expressa do parágrafo único do art. 1º da Constituição brasileira. Como decorrência, o poder político deve caber às maiorias que se articulam a cada época. O sistema representativo permite que, periodicamente, o povo se manifeste elegendo seus representantes. O Chefe do Executivo e os membros do Legislativo são escolhidos pelo voto popular e são o componente majoritário do sistema. Os membros do Poder Judiciário são recrutados, como regra geral, por critérios técnicos e não eletivos. A ideia de governo da maioria se realiza, sobretudo, na atuação do Executivo e do Legislativo, aos quais compete a elaboração de leis, a alocação de recursos e a formulação e execução de políticas públicas, inclusive as de educação, saúde, segurança etc.

Como visto, constitucionalismo traduz-se em respeito aos direitos fundamentais. E democracia, em soberania popular e governo da maioria. Mas pode acontecer de a maioria política vulnerar direitos fundamentais. Quando isto ocorre, cabe ao Judiciário agir. É nesse ambiente, é nessa dualidade presente no Estado constitucional democrático que se coloca a questão essencial: podem juízes e tribunais interferir com as deliberações dos órgãos que representam as maiorias políticas – isto é, o Legislativo e o Executivo –, impondo ou invalidando ações administrativas e políticas públicas? A resposta será afirmativa sempre que o Judiciário estiver atuando, inequivocamente, para preservar um direito fundamental previsto na Constituição ou para dar cumprimento a alguma lei existente. Vale dizer: para que seja legítima, a atuação judicial não pode expressar um ato de vontade própria do órgão julgador, precisando sempre reconduzir-se a uma prévia deliberação majoritária, seja do constituinte, seja do legislador.

Para Gilmar Mendes (2013, p. 152-153), cabe ao Poder Judiciário a tarefa clássica de defender os direitos violados ou ameaçados de violência (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal). Pontua, ademais, que a defesa dos direitos fundamentais é da essência da sua função, logo, os tribunais têm a prerrogativa de



controlar os atos dos demais Poderes, com o que definem o conteúdo dos direitos fundamentais proclamados pelo constituinte.

Nesta seara, é possível aferir que cabe então ao Poder Judiciário a defesa precípua dos direitos e garantias fundamentais, com o fito de manter inarredáveis as garantias constitucionais. Ao passo em que, diante da análise do caso concreto, cabe a tal poder interpretar a lei de acordo com o sistema de hierarquia das normas.

A propósito, salienta Cristina Queiroz (2006, p. 157) que, quando os juízes estão aplicando o controle de constitucionalidade, não estão atuando como representantes do povo, mas prevenindo e coibindo em seus nomes, os abusos perpetrados pela política, uma vez que não é o juiz ou o tribunal, individualmente considerado, que é “representante” do povo, mas é a função jurisdicional exercida que faz com que atue em “representação” da população, pois a justiça deve ser aplicada em nome de todos, sendo, portanto, muito mais amplo do que o seu termo em si.

Neste aspecto, Gustavo Zagrebelsky (2008, p. 113), enquanto a função jurisdicional é uma função da *república*, a função legislativa é função da *democracia*.

José Afonso da Silva (2007, p. 111) apregoa que se os Tribunais não podem influir no Legislativo, contudo, são autorizados a declarar a inconstitucionalidade das leis, não as aplicando, se for o caso.

Consoante esse entendimento, (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1996) para as correntes tradicionalistas, há o posicionamento de que o Poder Judiciário ao proceder o controle da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, para não comprometer o princípio da separação dos poderes, deve apenas *legislar negativamente*, ressalta:

Posicionamento do Supremo Tribunal Federal: “Não só a Corte está restrita a examinar os dispositivos ou expressões cuja inconstitucionalidade for arguida, mas também não pode declarar a inconstitucionalidade parcial que mude o sentido e o alcance da norma impugnada (quando isto ocorre, a declaração de inconstitucionalidade tem que alcançar todo o dispositivo), porquanto, se assim não fosse, a Corte se transformaria em legislador positivo, uma vez que, com a supressão da expressão atacada, estaria modificando o sentido e o alcance da norma impugnada. E o controle dos atos normativos só lhe permite agir como legislador negativo”.

De tal sorte, competiria a cada instituição, o resguardo do seu poder efetivo, com o fito de não adentrarem à esfera da competência alheia.

## 4.2 O CONTROLE DEMOCRÁTICO DO PODER JUDICIÁRIO QUANTO À FORMA DE COMPOSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A atual forma de composição dos ministros para o Supremo Tribunal Federal é democrática?

Não é apenas no Brasil que nos deparamos com o problema dos magistrados partidários em Tribunais Superiores, a destacar no *Supremo Tribunal Federal*, uma vez que o preenchimento das vagas é realizado através da indicação e nomeação através do chefe do Poder Executivo, após uma breve sabatina no Senado.

Tal problema assola não somente à confiança da população, mas ao conteúdo do próprio ato decisório, que se contrapõe à imparcialidade do julgador, pondo em dúvida a exatidão da decisão exarada pelo órgão em favorecimento daquele que lhe nomeou ou beneficiou, consternando uma decisão política.

Por assim dizer, os ministros brasileiros seriam da confiança dos presidentes, sendo, portanto, aliados quando da necessidade de proferir decisões favoráveis, o que põe em xeque a lisura da mais alta corte de justiça e de defesa da Constituição da República.

Semelhante com o sistema brasileiro, conforme Vicente de Paula Ataíde Junior (IBRAJUS, 2015) a escolha do ministro da Suprema Corte americana, acontece através da indicação do nome pelo Presidente da República, assumindo o cargo após a confirmação e aprovação pelo Senado. Até então nos parece idêntico ao sistema brasileiro, contudo, tem mais um detalhe. Nos Estados Unidos, a indicação e a aprovação dos membros não é uma tarefa formal, uma vez que cada indicação é marcada como um acontecimento histórico, sendo mobilizados todos os setores da opinião pública e os meios de comunicação social. E neste contexto, havendo grande expectativa quanto à indicação presidencial, que então se especula junto à sociedade qual o perfil desejado para o novo ministro, diferenciando neste detalhe quanto ao método brasileiro.

Eugenio Raúl Zaffaroni (1995, p. 213-214) asseverou em sua obra publicada em 1995, criticando duramente o sistema Argentino, quando se cogitava inúmeras alterações na forma de indicação de ministros da Corte Suprema, mas que, naquela década, continuaram com o modelo norte americano, para o qual tiveram o cuidado

de conservar a nomeação partidária completamente arbitrária, que lhes garante a sua domesticação e dependência.

Pois, quando da publicação da referida obra, ainda na década de 1990, o modelo Argentino estava sendo duramente criticado, quanto à forma de nomeação de ministros para a Suprema Corte, em razão de não possuírem um distanciamento do Poder Executivo, e por conta disso – não diferente do que ocorre com o Brasil, de as decisões estarem favorecendo os governantes, como compensação da ocupação da vaga.

Por sua vez, no governo argentino do Presidente Néstor Kirchner, nos idos de 2003, os ministros foram removidos de seus cargos, outros acabaram renunciando e, mediante decreto do executivo, todos os candidatos para concorrerem à vaga na Suprema Corte deveriam participar de um processo democrático, onde o Poder Executivo deveria expô-los através dos meios de comunicação disponíveis no país. Após os currículos deviam ser publicados no site do Ministério da Justiça, podendo ser analisados e criticados por toda a população. Na sequência, depois de 03 (três) meses desta exposição, o Presidente, observando as manifestações às candidaturas, estaria habilitado para apresentar os nomes ao Senado Federal, que decide se aprova ou não para compor a Corte, com o voto de 2/3 (dois terços) dos senadores para a aprovação.

Na Alemanha, a composição de ministros da Suprema Corte ocorre de forma dividida, pois, cabe aos 69 integrantes da Câmara Alta ou Senado (Bundesrat – representantes dos 16 Estados alemães), a escolha dos 16 ministros do Tribunal Constitucional. A outra metade cabe aos 603 deputados da Câmara Baixa (Bundestag). Contudo, 06 (seis) desses 16 (dezesesseis) ministros precisam ser escolhidos entre os membros dos tribunais superiores federais. Há previsão de mandato de 12 (doze) anos, sendo proibida a recondução.

Na Itália o processo de composição é mais complexo, pois dos 15 (quinze) ministros do Tribunal Constitucional, um terço é escolhido pelos integrantes dos tribunais superiores, outro terço é indicado pelo Parlamento e o outro terço pelo presidente da República, com a aprovação do primeiro-ministro. Como na Alemanha, os ministros têm mandato de 12 (doze) anos, vedada a recondução.

Em Portugal, os 13 (treze) ministros da Suprema Corte são escolhidos pela Assembleia da República, sendo que 06 (seis) deles precisam ser obrigatoriamente

provir dos tribunais superiores. Os ministros têm mandato de 09 (nove) anos, proibida a recondução.

Diante da análise comparada com a os outros países, o Brasil precisa se adequar a forma democrática de escolha dos ministros para compor o Supremo Tribunal Federal, sendo cediça a participação de toda a sociedade no processo de formação de escolha, pela tamanha importância que tal função representa para a nossa República, como ferramenta indispensável ao sistema de pesos e contrapesos, notadamente, pela imparcialidade que o julgador necessita carregar para embasar as suas decisões.

Atualmente, possuímos várias proposições em trâmite no Congresso Nacional Brasileiro, que visam modificar o texto constitucional, dentre elas, a Proposta de Emenda Constitucional – PEC 55/2015, que já tramitou e foi aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), a qual visa inserir o mandato de 10 (dez) anos para o Ministro do Supremo Tribunal Federal, sendo vedada a recondução, bem como, a majoração do quórum de aprovação no Senado Federal, para três quintos dos senadores.

Desta maneira, o exercício do poder estatal na democracia pressupõe a alternância, assim, um tanto inoxidável que haja mandato para os membros dos tribunais superiores e o afastamento do Executivo no processo de escolha e nomeação, devendo exteriorizar a participação da sociedade no processo de escolha, quando as decisões da referida Corte, se aplica a toda a sociedade, notadamente, se sobrepondo à legislação e decisões do Poder Executivo.

#### 4.3 A ATUAÇÃO DA SOCIEDADE COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DEMOCRÁTICO DO PODER JUDICIÁRIO

Com a alteração constitucional (BRASIL, 2004), através da Emenda Constitucional 45/2004, houve a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), como órgão integrante do Poder Judiciário, inserindo no artigo 92, da Carta Magna, o inciso I-A, cuja atribuição conferida a tal órgão, dentre outras, e a de efetivar a supervisão da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, conforme abaixo transcrito:

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:  
I - o Supremo Tribunal Federal;

I-A o Conselho Nacional de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

II - o Superior Tribunal de Justiça;

III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;

IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;

V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;

VI - os Tribunais e Juízes Militares;

VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

VIII o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

A composição deste órgão constitui-se de 15 (quinze) membros, a destacar, a participação democrática da população, com a representação de 02 (dois) cidadãos, de notável saber jurídico e de reputação ilibada, devendo ser indicado pela Câmara dos Deputados e o outro, pelo Senado Federal, consoante o artigo 103-B, inciso XIII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988):

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo:

I - o Presidente do Supremo Tribunal Federal;

II - um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal;

III - um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal;

IV - um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;

V - um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;

VI - um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

VII - um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

VIII - um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;

IX - um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;

X - um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República;

XI um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual;

XII - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

XIII - dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

E dentre as competências do Conselho Nacional de Justiça, além da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabe-lhe (BRASIL, 1988):

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;

VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

Dentre a competência do Conselho Nacional de Justiça, está o instrumento de maior efetividade e de controle democrático, que se referem às reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, já que cabe ao referido órgão a competência em processar e conhecer das reclamações, podendo, para tanto, avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria

com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa.

Gilmar Ferreira Mendes (2013, p. 997) comenta em sua obra a criação do Conselho Nacional de Justiça:

Trata-se, como se pode ver, de amplo feixe de atribuições concernentes à supervisão administrativa e financeira das atividades do Judiciário nacional.

Além dessas atribuições, a Lei n. 12.106/2009, criou, no âmbito do CNJ, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, que deve acompanhar o desempenho dos sistemas carcerários do país. E, parceria com os Tribunais estaduais e com a Corregedoria Nacional do Ministério Público (CNMP). Essa iniciativa tem permitido ao Conselho reparar graves injustiças envolvendo prisões ilegais, bem como trabalhar para aperfeiçoar a execução penal no País.

Competência de grande significado institucional, nesse contexto, é aquela referente à expedição de atos regulamentares. É uma das atribuições que, certamente, tem ensejado maiores contestações e polêmicas.

Pois bem, diante de tal ferramenta de instrumento democrático no controle do Poder Judiciário, cabe a cada um da população, fiscalizar e proceder às reclamações sobre evidências que acarretem em prejuízo para a administração da justiça, cabendo ao Conselho Nacional de Justiça, conhecer e se for o caso, aplicar as penalidades previstas na Constituição.

E em resultado estatístico, quando da criação do Conselho Nacional de Justiça (2004) até setembro de 2013, o Conselho Nacional de Justiça (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015) já havia punido 59 magistrados, dentre as penas, estão: aposentadoria compulsória, disponibilidade, remoção, censura e advertência, consoante a notícia extraída do site do órgão, abaixo:

Magistrados Punidos – Desde a criação do CNJ, até setembro de 2013, do total de 59 magistrados punidos, 39 foram aposentados compulsoriamente, 5 foram colocados em disponibilidade, 4 removidos, 9 receberam censura e 2 foram advertidos:

Somente neste primeiro semestre do ano de 2015, este Conselho concluiu o julgamento de 194 processos, e tendo iniciado o julgamento de outros 51 casos, a ressaltar (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015):

O Plenário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) concluiu, nesse primeiro semestre, o julgamento de 194 processos. Outros 51 processos tiveram o julgamento iniciado, mas o desfecho foi interrompido por pedidos de vista dos conselheiros. No total foram realizadas 13 sessões plenárias no semestre, sendo dez ordinárias e três extraordinárias, designadas em abril pelo presidente do CNJ, ministro Ricardo Lewandowski. O mês de junho foi o que concentrou o maior número de sessões, no total de quatro.

Para Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr e Fernando Gustavo Knoerr (2018, 44), a liberdade, como valor constitucional, representa a possibilidade do indivíduo exercer seus direitos na mesma medida que os demais membros de uma sociedade, respeitadas as diferenças.

Portanto, o Conselho Nacional de Justiça tem se revelado importante ferramenta para o controle judicial, através do instrumento de controle democrático, possibilitando a participação do indivíduo na atuação deste órgão.

#### 4.4 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMO INCENTIVO DA COMPOSIÇÃO E INSTRUMENTO DE CONTROLE DEMOCRÁTICO NO PODER JUDICIÁRIO

O Código de Processo Civil então em vigência, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que foi objeto de inúmeras atualizações e modificações legislativas no curso da sua vigência, precisava ser reeditado para acompanhar a evolução da sociedade, como forma eficaz de entregar a tutela jurisdicional invocada, quando a cultura brasileira ainda é pautada na judicialização de conflitos, o que causa demasiada demora na entrega da solução litigiosa e inviabilidade da análise de tutelas urgentes, como vem ocorrendo com as inúmeras demandas repetitivas e processos que poderiam ser finalizados com uma concepção de composição benéfica do litígio.

Assim, após anos de estudo e de debate para a nova norma processual, nasceu a Lei 13.105, de 16 de março de 2015, denominada de Novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), que entrará em vigor após de decorrido 1 (um) ano de sua publicação oficial, aplicando-se a todos os processos em andamento:

Art. 1.045. Este Código entra em vigor após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial.



Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Como se analisará, o Novo Código de Processo Civil tenta imprimir uma cultura versada para a composição, sendo intenção primordial do legislador a busca por soluções alternativas de resolução do conflito, como a conciliação, mediação e a arbitragem, ao contrário do que a efetividade da própria decisão judicial.

Então, desde os idos do prescrito legal, a nova ordem processual civil (BRASIL, 2015), traz que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos:

Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

(...)

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Neste ponto, ao revés de as partes aguardarem por um provimento jurisdicional longínquo, com inúmeros percalços e custos, a eficácia de uma composição deve ser encarada como vantajosa para ambas as partes, quando o risco do processo é distribuído equitativamente para ambas as partes litigantes, no patamar de 50% (cinquenta por cento).

Além do mais, fez-se inserir o princípio da cooperação processual, quando todos os sujeitos envolvidos no tramite do processo devem empreender esforços para que permeiem a duração razoável do processo, pontua-se (BRASIL, 2015.).

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

(..)

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Além do mais, fez-se inserir o princípio da cooperação processual, quando todos os sujeitos envolvidos no tramite do processo devem empreender esforços para que permeiem a duração razoável do processo.

Impende ressaltar, quando estamos diante do princípio da cooperação, invocado pela legislação processual renovada, deve-se levar em conta que a boa-fé permeie em ambos os polos da relação jurídico-processual, devendo estar atrelada ao próprio princípio do contraditório e da ampla defesa, como forma de resguardar ambas as partes que litiguem com lealdade para com a outra.

Nesse sentido, a nova norma de ordem processual induz a diminuição de recursos com a natureza protelatória, em razão de que se o Tribunal mantiver a sentença, haverá a majoração dos honorários anteriormente fixados, o que poderá onerar ainda mais o vencido, o que pode ser justificado a diminuição de interposição de recursos com o fim de prolongar a discussão judicial, vejamos o dispositivo:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

§ 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Outra forma basilar para proporcionar ao jurisdicionado a celeridade na condução do processo, o legislador, acertadamente, inferiu que aos juízes e tribunais deverão obedecer à ordem cronológica de conclusão para tomar as decisões, com algumas exceções dentre um rol taxativo, conforme assim se destaca (BRASIL, 2015):

Art. 12. Os juízes e os tribunais deverão obedecer à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.

§ 1º A lista de processos aptos a julgamento deverá estar permanentemente à disposição para consulta pública em cartório e na rede mundial de computadores.

§ 2º Estão excluídos da regra do caput:

- I - as sentenças proferidas em audiência, homologatórias de acordo ou de improcedência liminar do pedido;
- II - o julgamento de processos em bloco para aplicação de tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos;
- III - o julgamento de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas;
- IV - as decisões proferidas com base nos arts. 485 e 932;
- V - o julgamento de embargos de declaração;
- VI - o julgamento de agravo interno;
- VII - as preferências legais e as metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça;
- VIII - os processos criminais, nos órgãos jurisdicionais que tenham competência penal;
- IX - a causa que exija urgência no julgamento, assim reconhecida por decisão fundamentada.

Importante também firmar, outro dispositivo que certamente gerará inúmeras discussões e debates, mormente, quanto à falta de estrutura do Poder Judiciário, se referem aos prazos de que juízes devem obedecer ao receber os processos em seus gabinetes, estabelecido no artigo 226, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015):

Art. 226. O juiz proferirá:

- I - os despachos no prazo de 5 (cinco) dias;
- II - as decisões interlocutórias no prazo de 10 (dez) dias;
- III - as sentenças no prazo de 30 (trinta) dias.

Por tal razão, a nova norma processual prevê uma mudança radical na cultura dos litigantes brasileiros, seja atrelado ao princípio da cooperação (boa-fé e lealdade processual); nas formas de composição do conflito (conciliação, mediação e arbitragem); e, na fiscalização dos funcionários do Poder Judiciário, quanto à obediência dos prazos a que devem ficar restritos.

Assim, sendo esgotadas todas as possibilidades de conciliação do litígio, caberá tão somente ao Estado-Juiz, decidir o caso concreto nos exatos limites em que as questões foram apresentadas pelo demandante através da petição inicial, com base no artigo 141, do Código de Processo Civil:

Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

Diante disso, a fim de se aferir se a nova ordem normativa será eficaz e cumprida pelos magistrados, caberão às partes atuarem como fiscais da lei e aviar as reclamações e medidas pertinentes para se fazer cumprir tal regramento.

#### 4.5 A APLICAÇÃO PRÁTICA DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA NOS JULGAMENTOS PROFERIDOS PELO PODER JUDICIÁRIO

Visto a função e a legitimação do Poder Judiciário no cenário do Estado, atuante na resolução dos conflitos, caberá ao referido órgão a aplicação das Leis, quando da existência de litígios entre contribuintes e o ente estatal.

Pois, como antes analisado, diante dos serviços prestados pelo Estado, há a incidência de tributos. Contudo, tal prestação de caráter compulsório, para que seja devido, deve obedecer, dentre outros princípios, o da capacidade contributiva, sob pena de ocasionar confisco de bens.

E tal princípio, tem previsão constitucional, com lastro no artigo 145, § 1º (BRASIL, 1988), a inferir:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I - impostos;

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Neste campo de debate, Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr e Fernando Gustavo Knoerr salientam que o valor constitucional da segurança é correspondente à plena convicção de que as liberdades públicas e os direitos individuais serão garantidos em condições de igualdade a todos.

O artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), também apregoa a vedação dos entes estatais de utilizarem o tributo para efeitos confiscatórios de bens:

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

(...)

IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

Para Hugo de Brito Machado (2013, p. 285-286), o tributo com efeito de confisco, por ser excessivamente oneroso, tem efeito de penalidade. E adiante, salienta que sendo o tributo instrumento pelo qual o Estado obtém os meios financeiros de que necessita para o desempenho de suas atividades, não pode ser utilizado para destruir a fonte desses recursos.

Diante disso, pode-se dizer que o tributo não pode ter o caráter de inviabilizar a atividade econômica desempenhada pelo contribuinte, ao ponto de obstar a produção de riqueza.

E nos casos em que seja evidenciado o cometimento de abuso por parte do Estado, cabe ao Poder Judiciário analisar o caso concreto, a fim de garantir que tais princípios constitucionais tributários sejam devidamente respeitados, mas os Tribunais, nem sempre interpretam a norma legal de acordo com o teor que ela prescreve, ocorrendo inúmeras decisões que causam verdadeiros confiscos de bens do particular e não há resguardo jurídico para isso.

Destaca-se o julgado abaixo, recente decisão em que o Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a repercussão geral, afastou aplicação de Lei Federal, que violava o princípio da capacidade contributiva e da não cumulatividade de imposto estadual (ICMS), determinando a exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS (impostos federais), a destacar:

**EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.**

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este

Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (STF – RER 74.706 PR – Rel. Min. Cármen Lúcia – DJ Nr. 251 do dia 06/11/2017).

E em razão do reconhecimento desta repercussão geral, em sede do julgamento acima em destaque, os demais Tribunais têm aplicado referido julgamento aos processos em espécies, condenando o Estado a respectiva restituição pecuniária ou compensação tributária, veja-se:

TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO. DO PIS E DA COFINS. TEMA 69 DO STF (RE 574.706). LEIS 9.718/1998 E 12.973/2014. RETRATAÇÃO.

1. Nos termos do enunciado do Tema 69 - STF, o ICMS destacado nas notas fiscais não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.

2. A tese jurídica advinda do julgamento do RE 574.706 aplica-se inclusive aos pagamentos efetuados sob a égide da Lei 12.973/2014 (TRF4, Arguição de Inconstitucionalidade nº 5051557-64.2015.404.0000).

(TRF04 - AC: 200772010009402, Relator: ALEXANDRE ROSSATO DA SILVA ÁVILA, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: 18/12/2018).

Destacado isso, a separação de poderes sugerida por Montesquieu e inserida na Constituição democrática de 1988, tem revelado nítida ferramenta de controle dos poderes, sendo o Poder Judiciário efetivo baluarte no equilíbrio das relações entre o contribuinte e o Estado. Pois, detectado o avanço do tributo sobre o patrimônio do contribuinte, violando o princípio da capacidade contributiva, da igualdade tributária e da não cumulatividade, deve tal poder ser provocado, visando adequar a situação hipotética à lei, sob pena de violar o pacto social a que o cidadão está submetido.

## 5. CONCLUSÃO

Pode-se então concluir que diante da análise dos contratualistas: Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Georg Wilhelm Friedrich Hegel, a filosofia de Locke, com notas de Rousseau, são as que mais se assemelham ao sistema de governo brasileiro.

Cabe esclarecer, enquanto para Thomas Hobbes a propriedade era abdicada em favor do Estado, para ocorrer a distribuição no formato em que o Rei Absolutista conviesse; para Jean-Jacques Rousseau, a propriedade era o mal que afligia a sociedade, pois gerava desigualdade social; e, para John Locke, a propriedade era um direito inalienável do cidadão.

Por tal modo, a filosofia de John Locke é a que mais se aproxima da sociedade brasileira. E neste ponto, visualizou que o contrato social avençado por Locke, entre o período absolutista e iluminista, visava tão somente resguardar o direito inalienável do cidadão (vida, liberdade e propriedade).

Após o Brasil deixar de ser colônia de Portugal, surge o primeiro contrato social, a Constituição do Império. Contudo, diante de vários fatores em que evidenciavam ainda o absolutismo, notadamente, com o Poder Moderador do Imperador e o Senado vitalício, ocorreu a primeira revolução em 1830, o que gerou o grande marco histórico e marcante na história do Brasil, o que registrou a ordem de mudança dos pactos sociais.

Com isso advieram outras normas Constitucionais e com a inclusão de novos direitos aos cidadãos. E, com o passar dos anos, no Brasil, em 1889 a 1930 - com a República Velha -, principalmente, pela novidade da forma de governo naquele momento, passou-se a instaurar conflitos, cuja solução, até o sistema se aperfeiçoar, veio a ser combatido pelos coronéis - maior patente da antiga Guarda Nacional -, criada durante a regência. Visto que o posto era reservado aos mais destacados cidadãos, ou seja, aqueles de mais posses e influência.

Conseqüentemente, em razão de ocorrer nas áreas rurais os grandes palcos da desordem, passaram esses coronéis a utilizar as forças policiais para a manutenção da ordem local, sugerindo uma espécie de governo municipal ali constituído.



E pela manutenção deste poder, passou-se a corromper os seus habitantes, seja pela coação física ou através da compra, com benefícios e agrados próprios. Por isto, quando das eleições e do sufrágio aberto, era fácil auferir votos, denominado “voto de cabresto”, uma vez que sabedores dos eleitores da região, os coronéis amedrontavam e perseguiam seus cidadãos para que votassem em determinadas pessoas, direcionando, assim, o voto e o poder.

Após, sobreveio a Constituição 1934, trazendo o advento do Estado social brasileiro, declarando a inviolabilidade do direito à subsistência, afastando o direito pleno da propriedade privada, pois, tal direito não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo, ressaltando o caso da desapropriação, sem revelar que a indenização se fazia em dinheiro. Mas, tais direitos não perduraram por muito tempo, até que em 10 de novembro de 1937, houve um novo golpe que encerrou a vigência da Constituição de 1937, oriunda da Assembleia Nacional Constituinte.

O referido golpe foi promovido por Getúlio Vargas, que implantou a ditadura do Novo Estado, inspirada no modelo polonês, por isso, conhecida como “Constituição polaca”, extremamente autoritária com a concentração de poderes ao chefe do poder executivo. E, como os governos não são eternos, em 1945 houve a queda de Getúlio Vargas do poder, sendo realizadas eleições para a composição da Assembleia Nacional Constituinte.

Assim, surgindo a Constituição de 1946. Neste aspecto, sobre o patrimônio privado, o texto constitucional ganhou um reforço ao concretizar que a desapropriação se faria mediante a indenização em dinheiro.

E em 1967, põe-se fim à Constituição de 1946, nascendo uma nova ordem Constitucional, impondo a suspensão das garantias constitucionais e legais. Sobretudo, em 1984, iniciou grande campanha popular de rua, exigindo eleições diretas em todos os níveis.

E, vitoriosa a decisão do povo, com o advento do Estado Democrático de Direito, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, inúmeros direitos fundamentais foram proporcionados aos cidadãos, cabendo ressaltar, que inúmeros outros poderes e atribuições passaram a ser transferidas para o Estado.

No que tange às relações entre os particulares, os negócios jurídicos passaram a ser resguardados por meio formal, contratos, com o viés de dar garantia a determinada obrigação.

Assim, aperfeiçoando-se o sistema contratual e jurídico, notadamente, com relação ao atual Código Civil, tais relações entre particulares (contratos), passaram a obedecer criteriosos requisitos de validade (quanto à pessoa, objeto e forma), e estando eles em consonância com o ordenamento jurídico, trazem segurança para o conteúdo da avença, pois dizem respeito à capacidade de parte, à licitude e disponibilidade do objeto e a adequação de forma da avença conforme a lei.

Quanto aos princípios basilares das relações negociais, a autonomia da vontade e a boa-fé devem se ater todas as relações negociais, impondo rigidez do pacto, sendo destacadas pelo Código Civil como cláusulas gerais, que devem nortear toda a obrigação, do início ao fim, eis que a má-fé, quando empregada na avença, deve ficar categoricamente comprovada para viciar a obrigação.

No entanto, foram visualizadas algumas exceções que possibilitam a revisão da imutabilidade do pacto, como a cláusula *rebus sic stantibus* (teoria da imprevisão), que por circunstâncias excepcionais, diante da impossibilidade de previsão da excessividade onerosa no cumprimento da ajuste, possibilita o poder judiciário, mediante requerimento da parte, modificar o conteúdo do pacto, para manter o equilíbrio entre as partes.

Além do mais, frisado também restou outras duas exceções que tem o condão de quebrar a imutabilidade dos pactos: caso fortuito (circunstância provocada por fatos humanos, mas que decorre de conduta alheia da parte contratante) e força maior (evento imprevisível que não pode ser evitado por força humana).

Neste cenário, eis que observados os requisitos de validade e os princípios aplicados à espécie, para que haja a formação criteriosa do contrato, observamos a necessidade do cumprimento de um rito negocial próprio (negociação, proposta e aceitação), onde num dado momento, são realizados estudos por ambas as partes para concluírem a viabilidade do negócio; após, inicia-se a fase da proposta, a fim de dar viabilidade ao negócio; e, por fim, a aceitação e conclusão da avença; quando, então, o pacto se solidifica e produz os efeitos na seara jurídica.

E nas relações entre governados e governantes, é nítido o descompasso do Estado (idos do contrato social de John Locke), em comparação com o Estado atual (Constituição Federal de 1988).

Pois, repisa-se que com o passar dos anos, o Estado foi se agigantando de maiores poderes, ao ponto que se passou a instaurar uma maior competição entre o

próprio Estado com a iniciativa privada (saúde, ensino, prestação de serviços e produção), e uma maior intervenção na vida privada.

E com o seu agigantamento, maiores foram as despesas criadas, necessitando o aumento da carga tributária e de tributos para fazer jus a tais serviços públicos.

Contudo, com a evolução da sociedade e o crescimento dos territórios (cidades), mais poderes foram concedidos ao Estado e mais serviços públicos passaram a ser prestados aos cidadãos, mediante uma contraprestação pecuniária compulsória, o tributo.

E em razão desta tributação, não raras vezes, desproporcional ao serviço prestado pelo Estado, atinge em cheio o patrimônio antes resguardado, em razão da alta carga tributária instituída e cobrada de forma compulsória, gerando verdadeiro confisco ao patrimônio que se pretendia inicialmente salvaguardar.

Assim, se analisar pelo ponto de partida do contrato social de Jonh Locke, haveria uma inversão de valores, quando o Estado antigo pretendia garantir o direito de propriedade; e, o Estado atual, tenta consumir, ao máximo, o patrimônio individual, com a elevada carga tributária cobrada de seus cidadãos.

E isso ocorre em razão dos inúmeros serviços que insiste em prestar à população de forma deficitária, pois, ressaltamos, o Estado não foi criado para ter demasiado tamanho funcional e tal amplitude põe em xeque suas atuações precípuas.

Não raras vezes, os princípios da capacidade contributiva e da igualdade são desrespeitados, frente ao dever do Estado em arrecadar os impostos constantes da Constituição Federal.

E, diante da análise econômica da tributação no atual cenário de prestação estatal, tal consistência causa afetação ao desenvolvimento econômico e social, mormente, no setor produtivo e no consumo. Já que em razão da majoração de tributos, tem relevante impacto para o consumo de determinados produtos, causando grande abalo no setor produtivo, que também, com demasiados impostos, buscam outros países para produzir.

Conclui-se, assim, priorizar os serviços que o Estado realmente necessita prestar aos cidadãos, sob pena de sobrecarregar e afetar atividades precípuas.

E, como função estatal de equilibrar os litígios entre seus cidadãos, nasceu a figura do Poder Judiciário, mediante a aplicação dos regramentos aos casos concretos (leis e princípios).

Logo, no Estado atual, como papel democrático do povo sobre o controle deste poder, a iniciar, pela composição da Suprema Corte, que é órgão máximo judiciário a quem compete resguardar a aplicação e a defesa da Constituição Federal.

Nesse aspecto, há inúmeras proposta de emenda constitucional que visam instituir mandato para os ministros e retirar do Poder Executivo a indicação e a nomeação dos seus membros, eis que inviabiliza a segurança das decisões quanto à imparcialidade de seus membros, devendo-se abrir vista para que a população contribua para a indicação dos supostos candidatos e participem deste processo decisório que repercute a todos.

Com referência ao Conselho Nacional de Justiça e a participação efetiva da sociedade, seja pela composição de seus membros ou através dos canais de comunicação, cabem à população participar da fiscalização da atuação os órgãos do Poder Judiciário e sugerir métodos para melhorar os serviços públicos.

Já, com referência à nova legislação processual, há uma tentativa de modificar a cultura brasileira quanto ao desate jurisdicional, primando pela conciliação, mediação e a arbitragem como forma de composição de conflitos. Além do mais, como papel democrático na fiscalização do controle do Poder Judicial, quanto à perspectiva de prazos para magistrados decidirem ações, caberá às partes acompanhar se a legislação, em tal ponto, será devidamente cumprida.

E, por fim, o Judiciário, como baluarte da resolução de conflitos entre governados e governantes, quando provocado, deve ser eficaz em resguardar o direito dos cidadãos e a propriedade privada, ante o princípio da capacidade contributiva, igualdade e não cumulatividade de impostos, diante do avanço do Estado sobre tais patrimônios.

Assim sendo, certo é de que não há uma forma ideal de governo, no intuito de que os princípios se estabeleçam e seus governantes continuem se lembrando que do povo vieram para assumir a representação política, mas cada contrato social que no tempo é vigido, deve permanecer na memória de seus cidadãos, coadunando a luta por direitos e liberdade de novos pactos que estão por vir.

## REFERÊNCIAS

ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. A seleção dos Juízes da Suprema Corte Norte-Americana. Disponível em <<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=55>>, acesso em: 30.09.2015.

ÁVILA, Humberto. Sistema Constitucional Tributário. São Paulo – Saraiva, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude - judicializacao - Luis Roberto Barroso.pdf>>, acesso em 30.09.2015.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>, acesso em: 29.09.2015.

BECKER, Alfredo Augusto. Carnaval tributário. 2. ed. – São Paulo : LEJUS, 2004.

BONAVIDES, Paulo. DE ANDRADE, Paes. História Constitucional do Brasil. 5ª ed. Brasília : OAB Editora, 2004.

BONAVIDES, Paulo. O estado liberal ao estado social. 9ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2009.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 07.02.2016.

BRASIL. Código Civil (Lei 10.01.2002). Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em 10 de outubro de 2017.

BRASIL. Lei complementar 101/2000. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm). Acesso em: 21 jan. 2016.

BRASIL. Lei n. 8.078/90. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm). Acesso em: 26 fev. 2016.

BRASIL. Lei n. 13.105/2015. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm), acesso em 30.09.2015.

BRÍGIDO, Edimar Inocêncio. Hobbes e Rousseau: o contratualismo como pressuposto para o poder estatal. Revista Jurídica Unicritiba, v. 2, n. 31, 2013, p. 322-340, disponível em <http://revista.unicritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/602>, acesso em 14.12.2018.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CARRAZZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 28ª ed. - São Paulo : Malheiros, 2012.

CARVALHO, Cristiano. Análise econômica da Tributação. in. TIMM, Luciano Benetti. Direito e Economia no Brasil. -2. ed. – São Paulo : Atlas, 2014.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 25ª ed. – São Paulo : Saraiva, 2013.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de direito tributário brasileiro. 12ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro : Forense, 2012.

CONSALTER KAUCHE, Leandro. A luta por um pacto social justo : xxv Encontro do CONPEDI: Florianópolis, 2016, p. 365-380. ISBN: 978-85-5505-204-0.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. I JORNADA DE DIREITO CIVIL, 2003. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/>>. Acesso em 20.02.2016.

CONSELHO NACIONAL DA JUSTIÇA. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/60856-punicao-contra-magistrados-infratores-var-ia-da-advertencia-a-aposentadoria-compulsoria-ou-demissao>>. Acesso em 30.09.2015.

CURIA, Luiz Roberto. Novo código de processo civil / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a elaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Cêspede e Fabiana Dias da Rocha – São Paulo: Saraiva, 2015.

DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 31ª ed. São Paulo: Malheiros. 2007.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 3 : teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais. 31. ed. – São Paulo : Saraiva, 2015.

DUARTE, Nestor. Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência : Lei n. 10.406, de 10.01.2002. Coordenador Cezar Peluso – 8. ed. rev. e atual. – Barueri, SP : Manole, 2014.

FERNANDES DE LIMA, Daniel Hamilton. FERNANDES DE LIMA, Rafael Hamilton. PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge. A indenização punitiva sob a ótica da análise econômica do direito: análise do caso AMIL, Revista Jurídica Unicuritiba, vol. 04, nº. 45, Curitiba, 2016. pp.656-689, disponível em <

<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1850/1222>>, acesso em 14.12.2018.

GOMES, Orlando. Contratos; Maria Helena Diniz, Tratado teórico e prático dos contratos, v. 1. – São Paulo : Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro : contratos e atos unilaterais, volume 3. 13 ed. – São Paulo : Saraiva, 2016.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Princípios da Filosofia do Direito. Lisboa : Guimarães, 1990.

HOBBS, Thomas. Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil. Trad. De João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1999, Coleção Os Pensadores.

JUNIOR, Vicente de Paula Ataíde. A seleção dos Juizes da Suprema Corte Norte-Americana. Disponível em <<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=55>>, acesso em: 30.09.2015.

LEAL, Victor Nunes. Coronelismo, Enxada e Voto. 7ª ed. – São Paulo : Companhia das Letras, 2012.

LOCKE, John. Segundo Tratado Sobre o Governo. São Paulo : Martin Claret. 1ª Reimpressão – 2011.

LÖWITZ, Karl. De Hegel a Nietzsche: a ruptura revolucionária no pensamento do século XIX: Marx e Kierkegaard / Karl Löwith; tradução Flamarion Caldeira Ramos, Luiz Fernando Barrére Martin. – 1ª. Ed. – São Paulo : Editora da Unesp, 2014.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 34ª ed. - São Paulo : Malheiros, 2013.



MACHADO, Graziela C. da Silva B. OLIVEIRA, Francisco Cardozo. MACEI, Demetrius Nichele. O princípio da igualdade em matéria tributária. Revista Jurídica Unicuritba, vol. 03, nº. 44, Curitiba, 2016. pp.473-498. Disponível em <http://revista.unicuritba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1877>> acesso em 14.12.2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de direito constitucional. 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. Do espírito das leis. Coleção a obra prima de cada autor. 1ª reimpressão. São Paulo : Martin Claret, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Ordem econômica e desenvolvimento na Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Campus, 1989.

QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil. 28. ed. - São Paulo : Saraiva, 2002. v. 3.

ROSENVALD, Nelson. Código Civil comentado : doutrina e jurisprudência : Lei n. 10.406, de 10.01.2002. Coordenador Cezar Peluso – 8. ed. rev. e atual. – Barueri, SP : Manole, 2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre as ciências e as artes : discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. Tradução Roberto Leal Ferreira. ed. Martin Claret – São Paulo. 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social: princípios do direito político; traduzido da edição de 1985, da tradução Editora Bordas, Paris. Tradução: Edson Bini. – 2. ed, .Bauru, SP : EDIPRO, 2015.

RUSSEL, Bertrand. Por que os homens vão à guerra. Tradução Renato Prelorenzou. I. ed. – São Paulo : Editora Unesp, 2014.

SÉLLOS-KNOER, Viviane Coêlho de. KNOERR, Fernando Gustavo. Valores Constitucionais: o “dever-ser” como base de uma construção jurídica. 30 anos da Constituição da República Federativa do Brasil: da teoria constitucionalista aos Tribunais Superiores. Curitiba : Instituto Memória, 2018.

SILVA, José Afonso da, Curso de direito constitucional positivo. 31ª ed., rev. e atual. – São Paulo: Malheiros: 2007.

SOUSA, Rainer Gonçalves. "Coronelismo"; Brasil Escola. Disponível em <<https://brasilecola.uol.com.br/historiab/coronelismo.htm>>. Acesso em 14 de dezembro de 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Tribunal Pleno, ADI 896-MC-DF, j. 03.11.1993, rel. Min. Moreira Alves, DJ. 16.02.1996, p. 2997.

TREVISAM, Elisaide. Solidariedade e responsabilidade com o outro: em busca da emancipação e integração dos sujeitos em suas diversidades. Revista Jurídica Unicritiba, vol. 01, nº. 50, Curitiba, 2018. pp. 398-413. Disponível em <<http://revista.unicritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2556/1520>>, acesso em 14.12.2018.

TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica da Tributação. in. CARVALHO, Cristiano. Direito e Economia no Brasil. 2. ed. – São Paulo : Atlas, 2014MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 34ª ed. - São Paulo : Malheiros, 2013.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Processo: RR - 524-26.2013.5.09.0661. Data de Julgamento: 17/02/2016, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/02/2016. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/web/guest/consulta-unificada>>, acesso em 22.08.2018.

TROTTA, Wellington. O pensamento político de Hegel à luz de sua filosofia. Scielo – Revista Jurídica de Sociologia e Política, 2009. ISSN 1678-9873. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-44782009000100002](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782009000100002)>, acesso em 16.01.2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Poder Judiciário: Crise, Acertos e Desacertos. Tradução Juarez Tavares; apresentação João Marcello. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. 8. ed. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2008.